prácticas cOnstituyentes

WE THE PEOPLE I

FUNDAMENTOS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

Bruce Ackerman



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

traficantes de sueños





Primera edición: Abril de 2015
Título: We The People I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense
Autor: Bruce Ackerman
Traducción: Josep Sarret Grau
Maquetación y diseño de cubierta: Traficantes de Sueños [taller@traficantes.net]

Dirección de colección: Carlos Prieto del Campo y David Gámez Hernández

Edición:
IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador
Av. Amazonas N37-271 y Villalengua esq.
Edificio administrativo, 5to. piso. Quito - Ecuador
Telf: (593) 2 382 9900, ext. 312
www.iaen.edu.ec
editorial@iaen.edu.ec

Traficantes de Sueños
C/ Duque de Alba, 13, C.P. 28012 Madrid.
Tlf: 915320928. [e-mail: editorial@traficantes.net]

Impresión: Cofás artes gráficas

ISBN 13: 978-84-943111-6-1
Depósito legal: M-12818-2015

Título original: *We The People I. Foundations*,
Harvard University Press paperback edition, 1993.

WE THE PEOPLE I

FUNDAMENTOS DE LA HISTORIA CONSTITUCIONAL ESTADOUNIDENSE

BRUCE ACKERMAN

JOSEP SARRET GRAU
(TRADUCTOR)

prácticas c0nstituyentes



traficantes de sueños

ÍNDICE

Para Sybil y John, y su mundo

AGRADECIMIENTOS

WE THE PEOPLE fue mi principal preocupación durante la década de 1980. Al mirar hacia atrás, me doy cuenta de los muchos amigos que la compartieron conmigo. Dividí aquella década entre dos universidades, Columbia y Yale. En ambas tuve la suerte de encontrar personas cuya comprensión y apoyo significaba, y significa, mucho para mí. En Columbia: Vince Blasi, Meir Dan-Cohen, George Fletcher, Eric Foner, Charles Larmore, Henry Monaghan, Subha Narasimhan, Tom Pogge, Andrzej Rapaczynski. En Yale: Akhil Amar, Bo Burt, Guido Calabresi, Mirjan Damaska, Owen Fiss, Paul Kahn, Tony Kronman, Jerry Mashaw, David Mayhew, Rogers Smith. También han sido enormemente provechosas las discusiones que mantuve con mis amigos de la Society for Ethical and Legal Philosophy. Desde la distancia, Jim Fishkin y Cass Sunstein aportaron comentarios utilísimos al manuscrito.

Las instituciones también han contribuido. El decano Guido Calabresi, en Yale, y mis decanos de Columbia –Al Rosenthal, Benno Schmidt, Barbara Black– no escatimaron esfuerzos en su apoyo. Lo más importante es que me animaron a diseñar una serie de cursos poco ortodoxos para poner a prueba los temas aquí desarrollados. El escepticismo y el entusiasmo de mis alumnos, tanto en Columbia como en Yale, tuvieron una enorme incidencia en el resultado final de mi trabajo. Las dos facultades de derecho también me concedieron generosamente permisos de investigación, a los que la Fundación Guggenheim añadió una beca para el periodo 1985-1986.

Durante todos estos años, he tratado tenazmente de reservar todas las mañanas para leer y escribir de modo ininterrumpido. No podría haberlo hecho sin la constante ayuda de las personas que fueron mis asistentes administrativos: Yvonne Tenney, Mary Núñez, Theresa Cerillo y Joan Paquette. Sin su inapreciable ayuda en numerosos aspectos de la cotidianidad académica, jamás hubiera podido escribir este libro. Quiero dar las gracias a Gene Coakley, de la biblioteca de la Facultad de Derecho de Yale, que ha prestado a mi investigación y a la de otros miembros de la Facultad

una ayuda realmente inestimable; y también a Andrew Coppel, que me ayudó con las notas a pie de página de los capítulos 2, 3, 4 y 5 durante el verano de 1990.

Finalmente, quiero dar también las gracias a mi esposa Susan. Durante los últimos veinticinco años ha sido mi mejor amiga. Su contribución intelectual a este trabajo es aún más evidente para mí que en cualquiera de mis trabajos anteriores. Simplemente no habría dado jamás con las ideas centrales expuestas en este libro sin el acicate de nuestras continuas conversaciones.

El capítulo 1 y partes de los capítulos 4 y 6 proceden de mi ensayo «Constitutional Politics/Constitutional Law», publicado en *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989; partes de los capítulos 7 y 9 proceden de «The Storrs Lectures: Discovering the Constitution», publicado en *The Yale Law Journal,* vol. 93, 1984. Los pasajes que no han sufrido cambios se publican aquí con permiso de la revista y de Fred B. Rothman and Co.

También quiero citar la existencia del magnífico libro del profesor Forrest McDonald, *We the People: The Economic Origins of the Constitution* (1958). Consideré detenidamente si la existencia de otro libro con el mismo título podía producir una confusión innecesaria pero llegué a la conclusión de que este es un título especial; basta con que diferentes autores de diferentes generaciones utilicen diferentes subtítulos.

PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL
¿CRUZAR LAS FRONTERAS?

WE THE PEOPLE es una interpretación de la historia constitucional estadounidense que invita a un diálogo más amplio con el mundo de habla española. Incito a mis lectores a que consideren la Convención de Filadelfia de 1787 como la culminación de una auténtica revolución en la forma de gobierno. No considero, sin embargo, la Revolución Americana un acontecimiento aislado o excepcional, sino el primer acto de una lucha más amplia por el constitucionalismo ilustrado, que prosigue con la Revolución Francesa y a continuación sufre un giro dramático en España, México y la República Bolivariana durante las Guerras Napoleónicas. ¿Cuáles son las similitudes y las diferencias entre estas luchas por un «nuevo comienzo» en el orden constitucional?

En el campo de las ideas, ¿en qué coinciden, y en qué no, pensadores como Madison, Sieyès y Bolívar en cuanto a la naturaleza de la autoridad legítima?[1]. En el ámbito de las instituciones, obsérvese que los revolucionarios estadounidenses ratifican dos constituciones no sólo una: los Artículos de la Confederación y de la Unión Perpetua de 1781, así como la más conocida Constitución de 1789. ¿En qué se distinguen de los experimentos constitucionales europeos y latinoamericanos de la misma época? En el dominio de la práctica, reflexionemos sobre el papel fundamental que jugó el liderazgo militar en Europa y las Américas. Dicho de modo más preciso, ¿cómo y por qué logra Washington establecer un orden constitucional permanente mientras otros fracasan?

Les invito a plantear preguntas similares cuando, en el segundo volumen de esta obra[2], procedan a considerar la Reconstrucción de la Unión Estadounidense tras la Guerra Civil. De nuevo, esta «segunda Revolución Americana» es solo un acto dentro de una ola más amplia de revoluciones

---

[1] Para un análisis provocador de este tema, véase Joshua Simon, *The Ideology of Creole Revolution: Ideas of Independence in the United States and Latin America* (en preparación).

[2] *We the People* es una trilogía escrita por Bruce Ackerman entre 1993 y 2014 formada por los siguientes libros: *We the People, Foundations*, (1993); *We the People, Transformations* (1998) y *We the People, The Revolution of Civil Rights* (2014). Los tres volúmenes se publicarán en esta misma colección.

nacionalistas liberales que entre 1850 y 1880 generan nuevas constituciones en lugares como Argentina y México, Francia e Italia. De nuevo, la comparación con Estados Unidos debe hacerse al menos en tres ámbitos: ideas, instituciones y prácticas. Mi descripción de las pautas de elaboración constitucional durante la Reconstrucción debería provocar nuevas comparaciones con las pautas aproximadamente contemporáneas generadas por la Constitución mexicana de 1857 o la Constitución argentina de 1853. Consideremos, por ejemplo, el siguiente enigma institucional fundamental: tal como *We the People* deja claro, los Republicanos de la Reconstrucción intentaron con todas sus fuerzas crear un sistema parlamentario en Estados Unidos durante las décadas de 1860 y 1870, igual que hicieron los nacionalistas liberales de la Tercera República Francesa. ¿Por qué entonces sus colegas latinoamericanos adoptaron el llamado «modelo estadounidense» de gobierno presidencial en la misma época en que los dirigentes de la Reconstrucción en Estados Unidos hacían todo lo posible por destruirlo?

A los presidentes estadounidenses les costó mucho tiempo reafirmar su autoridad tras el periodo de preponderancia del Congreso después de la Guerra Civil. El gobierno presidencialista, tal como se practica actualmente en Estados Unidos, es una creación del siglo XX no de un periodo anterior. ¿Cómo y por qué alcanzó legitimidad constitucional esta práctica de presidencialismo que culminó con el *New Deal*?

Es sólo una de la muchas preguntas planteadas por una tesis más amplia que se desarrolla en estos libros. Mi enfoque del siglo XX desafía el marco convencional. Aunque la versión tradicional reconoce los orígenes populares de la Fundación y la Reconstrucción, no considera que el pueblo estadounidense [We the People] fuera el protagonista principal de la creación del Estado del bienestar durante el *New Deal* ni, de nuevo, que fuera un movimiento militante por el cambio constitucional el motor fundamental de los grandes avances igualitarios de la Revolución de los Derechos Civiles. Por el contrario, el análisis convencional considera que estas transformaciones revolucionarias son básicamente obra del Tribunal Supremo estadounidense.

No estoy de acuerdo con esta opinión: mis libros intentan situar la obra de los tribunales dentro de un horizonte más amplio de la política de la soberanía popular durante el siglo XX. El constitucionalismo del *New Deal* es, en primer lugar y de manera esencial, producto de un movimiento popular liderado por el Partido Demócrata del presidente Roosevelt y por el Congreso, que finalmente superó la resistencia judicial contra el Estado del bienestar activista. La Revolución de los Derechos Civiles representa una variación institucional sobre los temas del *New Deal*: fue la lucha del movimiento por los derechos civiles, que se extendió durante una década, la que finalmente permitió al Presidente y al Congreso lograr un

gran avance igualitario con la Ley de Derechos Civiles de 1964, la Ley de Derecho al Voto de 1965 y la Ley de Vivienda Digna de 1968. Estas leyes históricas, y no el caso judicial «Brown v. Board of Education», fueron las que abrieron con decisión una nueva época en el derecho constitucional de Estados Unidos.

A su vez, mi reinterpretación del siglo XX como un ejercicio de soberanía popular proporciona una nueva agenda al derecho constitucional comparado. Una vez que comprendemos el *New Deal* como el producto de un movimiento popular que persigue un cambio fundamental, podemos compararlo con luchas similares por la democracia social acaecidas en todo el mundo. Comenzando por México en 1917, algunos movimientos socialdemocráticos expresaron en nuevas constituciones su nueva visión del Estado del bienestar intervencionista. Pero Estados Unidos no tomó ese camino. En su lugar, Roosevelt y el Congreso persiguieron el mismo objetivo por medio del nombramiento de una nueva generación de magistrados del Tribunal Supremo partidarios del *New Deal*, los cuales reinterpretaron los textos constitucionales preexistentes para expresar los compromisos democráticos y sociales del nuevo régimen. Esto plantea una pregunta fundamental: ¿qué está en juego en esta elección básica entre redactar una constitución nueva y reinterpretar una vieja?[3].

Esta cuestión puede ser analizada de modo comparado, puesto que diferentes países han tomado uno u otro camino. Argentina, por ejemplo, ha visto cómo una serie de presidentes seguían el camino trazado por Franklin Roosevelt e intentaban efectuar una revolución por medio de la reinterpretación: ¿cómo se compara su experiencia con la de la «revolución por el poder judicial» del *New Deal*?

Mi tratamiento de la Revolución de los Derechos Civiles en el volumen 3 invita a realizar comparaciones similares: esta vez con las luchas de los pueblos indígenas y negros de todo el mundo para hacer cumplir, por fin, la promesa de la Ilustración de libertad e igualdad *para todos*. Desde esta perspectiva, la adopción de las técnicas de desobediencia civil de Mahatma Gandhi por Martin Luther King Jr. nos sirve para introducir una cuestión más importante: deberíamos considerar si el liderazgo por King del movimiento por los derechos civiles, y su colaboración con Lyndon Johnson, tiene características comunes –¡y diferencias!– con otros grandes avances igualitarios que tuvieron éxito a finales del siglo XX. Consideremos Sudáfrica, donde Nelson Mandela, F. W. De Klerk y los tribunales gestionaron cambios complejos que transformaron el antiguo régimen para convertirlo en un orden constitucional revolucionario que garantiza

[3] Véase, por ejemplo, Diego Arguelhes, *Old Courts, New Beginnings: Judicial Continuity and Constitutional Transformation in Argentina and Brazil* (en preparación).

la dignidad humana a todos sus ciudadanos. ¿Cómo se comparan estas dinámicas sudafricanas con un cruce análogo de iniciativas entre Martin Luther King, Lyndon Johnson y el Tribunal Supremo estadounidense presidido por Earl Warren?

Estas cuestiones aportan nuevas perspectivas a las luchas contemporáneas de los grupos indígenas y negros de América Latina para conseguir avances igualitarios comparables a los anteriormente señalados y las menciono aquí porque solo están sugeridas, pero no analizadas explícitamente, en mi trilogía. Estos libros sólo allanan el camino para efectuar un análisis comparado una vez que se ha desafiado el marco interpretativo convencional de la experiencia estadounidense y demostrado que ha sido We the People, no We the Judges, quien ha proporcionado el impulso principal para la transformación constitucional durante el siglo XX.

Pero una vez completada mi trilogía, me satisface utilizar este Prefacio para anunciar un proyecto nuevo que pretende efectuar un análisis comparado de cuestiones como las que planteo aquí. Espero proporcionales «informes de avance» en una serie de artículos y libros que aparecerán en los años venideros.

¡Pero no hay ningún motivo para quedarse esperando! En muchos sentidos, los hablantes de lengua española están en una situación mucho mejor que la mía para evaluar los últimos dos siglos de constitucionalismo latinoamericano y español. Cuando el gran proyecto del constitucionalismo ilustrado entra en su tercer siglo de vida, es más importante que nunca cruzar las fronteras nacionales y lingüísticas para reflexionar sobre su pasado mientras intentamos modelar su futuro.

Por favor, únanse a mí en esta iniciativa común.

Bruce Ackerman
Berlín, octubre de 2014.

PRIMERA PARTE
DESCUBRIR LA CONSTITUCIÓN

1
LA DEMOCRACIA DUALISTA

¿Introspección?

Estados Unidos es una potencia mundial pero ¿tiene la fuerza suficiente para entenderse a sí mismo? ¿Puede contentarse con seguir siendo, incluso hoy, una colonia intelectual que toma prestadas categorías europeas para descifrar el significado de su identidad nacional?

Esta no fue siempre una de las cuestiones planteadas por la Constitución estadounidense. Cuando Estados Unidos era un alfeñique militar y económico en la periferia europea, estaba a la vanguardia del pensamiento constitucional; pero a medida que se fue convirtiendo en el centro neurálgico de Occidente, sus más destacados constitucionalistas fueron perdiendo originalidad. Dos siglos después, el estudio de la Constitución estadounidense está dominado por categorías que deben más a la experiencia europea que a la estadounidense.

El resultado ha sido una forma peculiarmente ahistórica de comprensión. Dado que las teorías dominantes no han sido diseñadas teniendo en cuenta la historia constitucional estadounidense, dichas teorías no revelan sus rasgos más característicos. Muchas de las partes más notables de la historia son totalmente ignoradas, ya que solo servirían para incomodar a determinadas nociones europeas que no fueron concebidas para tenerlas en cuenta.

Para descubrir la Constitución hemos de abordarla sin la ayuda de guías importadas de otras épocas y lugares. Ni Aristóteles ni Cicerón, ni Montesquieu ni Locke, ni Harrington ni Hume, ni Kant ni Weber pueden proporcionarnos la clave. Los estadounidenses han bebido mucho de estos pensadores, pero también han construido un patrón propio y característico de la teoría y la práctica constitucionales. Una vez que hayamos reconstruido este patrón, veremos que resiste perfectamente la comparación con las reflexiones más profundas sobre la naturaleza de la política que nos ofrecen griegos o romanos, alemanes o ingleses.

Mi interés en esta labor de reconstrucción no es meramente intelectual. La Constitución presupone una ciudadanía con un conocimiento adecuado de los ideales característicos que inspiran su práctica política. Si perdemos de vista estos ideales, los patrones organizativos de nuestra vida política se ven socavados. Que constitucionalistas «sofisticados» se niegen a ver los aspectos inconfundiblemente estadounidenses de la Constitución, resulta mucho más preocupante. Por supuesto, la mayoría de la gente no requiere un gran caudal de instrucción para que los ritmos básicos de la vida constitucional se conviertan en una especie de segunda naturaleza: los ciclos electorales de dos, cuatro o seis años; las relaciones existentes entre el Congreso y el Presidente, entre el Presidente y el Tribunal Supremo[1], entre el Tribunal Supremo y el Congreso, entre la nación y el Estado, entre la política y la ley. Al hilo de estos ritmos se produce una comprensión rudimentaria pero eficaz de los ideales constitucionales que dan vida a la democracia estadounidense.

No obstante, la alienación intelectual de los líderes de opinión pasa factura. Circula un discurso sofisticado según el cual las prácticas políticas que tienen un profundo sentido constitucional son «en realidad» rituales mixtificadores que distorsionan el carácter de la política estadounidense. La reiteración de este discurso contribuye a atenuar la comprensión popular de los ideales democráticos que animan nuestra vida constitucional e incrementan la vulnerabilidad de estos ideales de cara a futuros momentos de crisis.

El coste de esta alienación intelectual se hace aún más evidente cuando centramos la atención en la casta de abogados y jueces estadounidenses que se encarga del funcionamiento de la Constitución en el día a día. Como veremos, estos hombres y mujeres lo han hecho mucho mejor que los académicos a la hora de conservar la fe en los principios característicos de la democracia estadounidense. De todos modos, no han podido evitar las previsibles consecuencias de la europeización de la teoría constitucional. Aunque los profesionales son ciertamente igual de inteligentes que los académicos, carecen de un recurso muy valioso: tiempo, tiempo para pensar más allá del caso particular que tienen entre manos y para considerar los patrones legales constitucionales que emergen a lo largo de las décadas y las generaciones. Sin pensar demasiado en la cuestión, han construido algo que llamaré una narrativa profesional, una historia que describe cómo el pueblo llegó desde que los Padres Fundadores aprobaran la constitución en 1787 al Bicentenario de ayer mismo. Esta narrativa colorea los significados constitucionales que jueces y abogados dan a los problemas particulares que les someten a consideración. Contiene, además, ideas que los proveedores de sofisticación constitucional

[1] El Tribunal Supremo estadounidense realiza el control de constitucionalidad y de legalidad de las normas jurídicas, así como las funciones de última instancia y casación del sistema judicial [N. del T.].

harían bien en considerar. Y precisamente porque esta reflexión no ha tenido lugar, la narrativa profesional existente expresa estas ideas de una forma que no consigue aprehender su realidad histórica ni la complejidad constitucional. De todos modos, si los teóricos constitucionales desviasen su atención de Locke a Lincoln, de Rousseau a Roosevelt, podrían contribuir positivamente a la construcción de una narrativa profesional mejor, es decir, más fiel a los hechos históricos y a los ideales constitucionales que animan nuestro continuo experimento de autogobierno.

He aquí, pues, una bonita imagen: la de un país en el que una Constitución redescubierta es objeto de un diálogo en curso entre académicos, profesionales y el pueblo en general; un país en el que este diálogo entre teoría y práctica dota a la ciudadanía, y a sus representantes políticos, de una visión más profunda de su identidad histórica en un momento en que se enfrenta a los retos transformadores que le plantea el futuro. Para que no se me confunda demasiado rápidamente con un Pangloss, déjenme decir que aunque este proyecto triunfase más allá de mis más locas esperanzas, no nos llevaría directamente a Utopía. Cuando analicemos los rasgos característicos de la Constitución, descubriremos muchas cosas imperfectas, erróneas e incluso perversas en sus premisas básicas y en su desarrollo histórico. No hay que olvidar que James Madison fue un esclavista además de un gran pensador político. ¿Y quién puede pensar que la coexistencia pacífica de nuestra Constitución con la injusticia llegó a su fin con la Emancipación? No podemos sentirnos cómodos con el *statu quo*; el reto es construir un orden constitucional que sea más justo y más libre que el que hemos heredado.

Pero no podemos construir un futuro mejor haciendo caso omiso del pasado, especialmente cuando los estadounidenses tratan rutinariamente el pasado constitucional como si contuviese unas pistas muy valiosas para descifrar el significado de nuestro presente político. Mi objetivo es convencer al lector de que las actuales pautas del discurso y de la práctica constitucionales encierran un orden más profundo de lo que cabría suponer, un orden que es posible redescubrir reflexionando sobre el curso de su desarrollo histórico a lo largo de los dos últimos siglos.

Antes de adentrarnos en esta compleja historia, conviene desbrozar el camino de maleza. Si estoy en lo cierto, el momento actual puede caracterizarse por la existencia de una notable brecha entre la teoría y la práctica constitucionales. Si bien nuestra práctica cívica hunde sus raíces en las pautas características del pasado estadounidense, el pensamiento constitucional más sofisticado ha ido elaborando cada vez más el genio de las instituciones estadounidenses con teorías producidas en otros lugares, hasta el punto de que estas teorías rivales nos resultan más familiares que el marco conceptual que voy a desarrollar aquí. Parece juicioso, por

consiguiente, empezar comparando estos habituales competidores académicos con un modelo mejor diseñado para captar el espíritu propio de la Constitución estadounidense. Me referiré a este modelo como el modelo de la *democracia dualista*.

La idea básica

Por encima de cualquier otra consideración, una Constitución dualista busca distinguir entre dos decisiones diferentes que pueden tomarse en una democracia. La primera es una decisión que toma el pueblo estadounidense; la segunda, la toma su gobierno.

Las decisiones tomadas por el Pueblo se producen raramente y en unas condiciones constitucionales especiales. Antes de conseguir la autoridad para promulgar una ley suprema en nombre del Pueblo, los partidarios políticos de un movimiento tienen que convencer, primero, a un número extraordinario de sus conciudadanos para que se tomen la iniciativa propuesta con una seriedad que normalmente no otorgan a la política; en segundo lugar, tienen que conceder a sus oponentes una oportunidad razonable para que organicen sus propias fuerzas; y, finalmente, tienen que convencer a una mayoría de sus conciudadanos para que respalden su iniciativa mientras los méritos de ésta son debatidos una y otra vez en los foros de deliberación existentes para la «producción normativa de carácter superior». Solo entonces un movimiento político obtiene la legitimidad reforzada que la constitución dualista otorga a las decisiones tomadas por el Pueblo.

Las decisiones tomadas por el gobierno tienen lugar a diario, y también en circunstancias especiales. Y lo que es más importante, los cargos clave tienen que responder regularmente ante las urnas. Tienen, además, que recibir incentivos para adoptar una perspectiva en pro del interés público que no esté excesivamente influida por grupos de interés particulares. Incluso cuando este sistema de «producción normativa de carácter ordinario» funciona bien, la constitución dualista impide que los políticos electos exageren su autoridad. No les permite afirmar que una victoria electoral normal les concede un mandato para promulgar una ley ordinaria que anule los juicios ponderados previamente formulados por el Pueblo. Si desean reivindicar esta forma superior de legitimidad democrática, tienen que participar en la carrera de obstáculos especialmente onerosa que prevé una constitución dualista a efectos del proceso de producción normativa de carácter superior. Solamente si logran movilizar a sus conciudadanos y obtener de un modo reiterado su apoyo en respuesta a los contraataques de sus oponentes, podrán conseguir finalmente la autoridad necesaria para

proclamar que *el Pueblo* ha cambiado de opinión y ha dado a su gobierno instrucciones para proceder a un cambio de rumbo.

Esta breve declaración suscita muchas más preguntas que respuestas. Un grupo de ellas tiene que ver con cuestiones de diseño institucional. En primer lugar, hemos de considerar el diseño de un buen sistema de producción normativa de carácter superior: ¿cómo organizar un proceso que señale de forma fiable aquellas raras ocasiones en que un movimiento político consigue justamente el reconocimiento especial que concede el resultado de la deliberación movilizada en nombre de Nosotros, el Pueblo? En segundo lugar, surge la cuestión de la legislación ordinaria: ¿cómo crear incentivos para que los cargos elegidos públicamente se impliquen en la deliberación por el bien común a pesar de las presiones de los intereses particulares? En tercer lugar, se plantea el diseño de los mecanismos de preservación: ¿cómo preservar los juicios ponderados del Pueblo movilizado frente a la erosión ilegítima de las decisiones normativas del gobierno normal?

Y luego están aquellos temas fundamentales que van más allá de la mecánica institucional: ¿es la democracia dualista una buena forma de gobierno para Estados Unidos? ¿Es la mejor? Y si no lo es, ¿cuál lo es?

Este capítulo no pretende dar respuestas definitivas. Simplemente describe cómo las propias cuestiones que suscita la democracia dualista sugieren la necesidad de proceder a una investigación diferente de aquellas que actualmente dominan el ámbito académico. Aunque cada rival académico discrepa del dualismo de un modo diferente, puede ser útil empezar con aquello que tienen en común. Pese a toda su exuberante variedad, ignoran la importancia especial que los dualistas otorgan a la *política constitucional*: la serie de movimientos políticos que, desde la Fundación en adelante, llamaron a sus compatriotas estadounidenses a implicarse en actos de ciudadanía que, cuando tienen éxito, culminan en la proclamación de una norma superior en nombre de Nosotros, el Pueblo.

Pero déjenme que sea más concreto.

La democracia monista

La escuela de los demócratas monistas es, entre todas las escuelas modernas, la que tiene un pedigrí más impresionante: Woodrow Wilson[2], James

[2] Woodrow Wilson, *Congressional Government*, Boston y Nueva York, Houghton Mifflin Company, 1885; W. Wilson, *Constitutional Government in the United States*, Nueva York, Columbia University Press, 1907.

Thayer[3], Charles Beard[4], Oliver Wendell Holmes[5], Robert Jackson[6], Alexander Bickel[7], John Ely[8]. Estos y otros muchos destacados pensadores y políticos hicieron que el monismo fuese durante el pasado siglo la postura dominante entre los constitucionalistas más serios. Como sucede con todas las ideas recibidas, en el monismo abundan las complejidades[9]. Pero, en el fondo, el monismo es muy simple: la democracia requiere la concesión de una autoridad legislativa plena a los ganadores de las últimas elecciones generales, en la medida, al menos, en que las elecciones hayan tenido lugar de forma libre y de acuerdo con unas normas justas y en tanto los vencedores de las mismas no traten de impedir la siguiente ronda programada de contiendas electorales.

Esta idea motiva, a su vez, una conclusión institucional fundamental: durante el periodo entre elección y elección, todos los controles institucionales a los vencedores son presuntamente antidemocráticos. Para los monistas sofisticados, esto es solo una presunción. Es posible que determinados controles constitucionales puedan impedir que los vencedores revoquen las siguientes elecciones programadas; es posible que otros estén justificados si consideramos formas más profundas en que unas elecciones normales no satisfacen nuestros ideales de justicia electoral. Si bien estas excepciones pueden tener una gran importancia práctica, los monistas se niegan a dejar que oculten la cuestión principal: cuando el Tribunal Supremo, o cualquier otra instancia, invalida una norma, se resiente de la «dificultad de contradecir a la mayoría»[10] que ha de ser superada antes de que un buen demócrata pueda expresar su satisfacción respecto a esta acción extraordinaria.

En el trabajo de esta escuela, la inquietante omnipresencia es (una versión idealizada de) la práctica parlamentaria británica. Desde hace más de un siglo, el Primer Ministro ha ocupado el cargo después de unas elecciones relativamente justas y, excepto en circunstancias verdaderamente excepcionales, la Cámara de los Comunes ha dado un apoyo inquebrantable a las propuestas del gobierno de Su Majestad. Si al pueblo de la Gran

---

[3] James Thayer, «The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 7, núm. 3, pp. 129-156, 1893.
[4] Charles Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, Nueva York, The McMillan Company, 1913.
[5] Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 74 (1905) (Holmes, J., voto particular).
[6] Robert Jackson, *The Struggle for Judicial Supremacy*, Nueva York, A. A. Knopf, 1941; Railway Express Co. v. New York, 336 U.S. 106, 111 (Jackson, J., voto concurrente).
[7] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1962.
[8] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1980.
[9] Para una exposición equilibrada, véase Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process*, Chicago, Chicago University Press, 1980, cap. 1.
[10] Para la exposición clásica, véase A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 16-23.

Bretaña no le gusta lo que está pasando, le hará regresar a la oposición en las próximas elecciones. Hasta entonces, ni la Cámara de los Lores, ni la reina, ni los tribunales minarán seriamente las decisiones legislativas tomadas por una mayoría de los diputados de la Cámara de los Comunes.

Por lo que respecta al monista, el diseño británico expresa muy bien la esencia de la democracia. El problema que se plantea en Estados Unidos es su falta de éxito en la aplicación del modelo transatlántico. En vez de conceder el monopolio del poder a una sola Cámara de Representantes elegida popularmente, los estadounidenses toleran una gran cantidad de insubordinación a unas instituciones cuyas conexiones electorales son dudosas o inexistentes. Aunque el Senado se lleva lo suyo, el objeto principal es el Tribunal Supremo ¿De dónde sacan esos Nueve Viejos Magistrados la autoridad para invalidar las decisiones de unos políticos democráticamente elegidos?

Existen respuestas monistas a esta pregunta, qué tratan de reconciliar la revisión judicial con las premisas fundamentales de la democracia monista. Así, conservadores constitucionales como Alexander Bickel[11], centristas como John Ely[12], y progresistas como Richard Parker[13] han propuesto roles para el Tribunal Supremo que se sitúan en el marco de las premisas monistas. A los efectos que aquí nos interesan, es la cuestión monista, no la proliferación de respuestas a la misma, lo que ha de someterse a un escrutinio crítico.

El monista incurre en una petición de principio crucial cuando afirma que el ganador de unas elecciones libres y justas tiene derecho a gobernar con toda la autoridad de Nosotros, el Pueblo. Es preferible, por supuesto, que los vencedores de las elecciones ocupen sus cargos a que sean objeto de un golpe autoritario por parte de los perdedores, pero de ello no se infiere que todas las leyes que obtienen el respaldo de una mayoría legislativa en Washington, DC, representen el juicio reflexivo de una mayoría movilizada de ciudadanos estadounidenses. Por el contrario, el dualista ve un sentido profundamente democrático en muchas de las prácticas específicas que desconciertan al monista. En su opinión, expresan el intento de nuestra Constitución de exigir a los políticos electos que operen dentro de un sistema de doble vía. Si los políticos quieren obtener la legitimidad democrática normal para una iniciativa, se les dirige hacia la senda legislativa normal y se les dice que deben ganarse el apoyo de la Cámara, el Senado y el Presidente de la forma habitual. Si pretenden obtener autoridad para

---

[11] *Ibid.* y A. Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970.
[12] J. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, cit.
[13] Richard Parker, «The Past of Constitutional Theory – And Its Future», *Ohio State Law Journal*, vol. 42, núm. 1, pp. 223-260, 1981.

producir normativa de carácter superior, se les dirige hacia una senda legislativa especialmente onerosa cuyo carácter y desarrollo histórico será el tema del siguiente capítulo. Solamente si un movimiento político consigue superar con éxito los retos especiales que le plantea el sistema de producción normativa de carácter superior puede reclamar con justicia que su iniciativa representa el juicio constitucional de Nosotros, el Pueblo.

Una vez que se reconoce el carácter dual del sistema, el Tribunal Supremo aparece bajo una luz diferente. Téngase en cuenta que todo el tiempo y el esfuerzo necesarios para hacer avanzar una iniciativa por la vía de la producción normativa superior se malgastarían si la Constitución no impidiese a los políticos ordinarios del futuro la promulgación de normas que ignorasen los logros del movimiento en pro de una normativa de carácter superior. Si futuros políticos pudiesen ignorar tan fácilmente la norma superior establecida, ¿por qué iba un movimiento de masas a tomarse la molestia de tratar de vencer los obstáculos especiales que presenta la senda de producción legislativa superior?

Para mantener la integridad del proceso de producción de normativa de carácter superior, todas las constituciones dualistas tienen que prever que una o más instituciones desempeñen una función conservacionista. Estas instituciones tienen que, por un lado, bloquear con eficacia los intentos para revocar principios constitucionales establecidos por el simple expediente de aprobar una norma ordinaria y, por otro, obligar al grupo de políticos electos en el poder a adentrarse en la senda de producción normativa de carácter superior si pretenden cuestionar los juicios previamente formulados por Nosotros, el Pueblo. Solo una vez sorteada esta carrera de obstáculos más ardua puede una elite política ganarse la autoridad de decir que Nosotros, el Pueblo hemos cambiado de opinión.

Se sigue de ello, pues, que el dualista observará al Tribunal Supremo desde una perspectiva muy diferente a la del monista. El monista trata cualquier acto de revisión judicial como presuntamente antidemocrático y se esfuerza en salvar al Tribunal Supremo de la «dificultad de contradecir a la mayoría» mediante algún argumento más o menos ingenioso. El dualista, por el contrario, considera el cumplimiento de la función conservacionista por parte de los tribunales como una parte esencial de un régimen democrático bien ordenado. Antes que amenazar la democracia frustrando las exigencias normativas de la elite política en Washington, los tribunales sirven a la democracia protegiendo los principios de una ciudadanía movilizada, ganados con mucho esfuerzo, frente a la erosión de unas elites políticas incapaces de conseguir un apoyo popular amplio y profundo para sus innovaciones.

Esto no significa que cualquier decisión particular tomada por el Tribunal Supremo actual pueda justificarse en un sentido conservacionista. El aspecto clave es que los dualistas no pueden rechazar como «antidemocrático» un esfuerzo hecho de buena fe por el Tribunal para interpretar la Constitución simplemente porque conduce a la invalidación de normas ordinarias; este esfuerzo judicial continuado de mirar hacia atrás e interpretar el significado de los grandes logros del pasado es una parte indispensable del proyecto más amplio consistente en distinguir la voluntad de Nosotros, el Pueblo de los actos de Nosotros, los Políticos.

Los fundacionalistas de los derechos

A la hora de enfrentarse al monismo, el principal objetivo del dualista es romper el estrecho vínculo que establecen los monistas entre dos ideas distintas: la «democracia», por un lado, y la «soberanía parlamentaria», por otro. Al igual que los monistas, los dualistas son demócratas: creen que el Pueblo es la autoridad última en Estados Unidos. Discrepan solamente respecto a la facilidad con que unos políticos elegidos de forma ordinaria reclaman legislar con la plena autoridad del Pueblo.

En contraposición, la primacía de la soberanía popular es cuestionada por una segunda escuela moderna. Si bien ninguno de estos teóricos niega completamente un lugar a los principios democráticos, sus entusiasmos populistas se ven limitados por un compromiso más profundo respecto a los derechos fundamentales. De modo nada sorprendente, los miembros de esta escuela discrepan a la hora de identificar los derechos que consideran fundamentales. Conservadores como Richard Epstein hacen hincapié en el papel fundacional de los derechos de propiedad[14]; liberales como Ronald Dworkin enfatizan el derecho a igual consideración y respeto[15]; y colectivistas como Owen Fiss, los derechos de los grupos desfavorecidos[16]. Estas transparentes diferencias no deben impedirnos ver la idea que los une. Sean cuales sean los derechos que consideren más justos, todos ellos están de acuerdo en que el objetivo primero y fundamental de la Constitución estadounidense es protegerlos. De hecho, el verdadero sentido de tener derechos es imponerse a decisiones tomadas por instituciones democráticas que, de lo contrario, podrían legislar para el bienestar colectivo. Para

[14] Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1985.
[15] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1978, cap. 5; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986, caps. 10-11.
[16] Owen Fiss, «Groups and the Equal Protection Clause», *Journal of Philosophy & Public Affairs*, vol. 5, 1976, pp. 107-177.

subrayar la existencia de esta idea común agruparé a estos pensadores bajo el epígrafe de fundacionalistas de los derechos.

Al igual que la de los monistas, esta escuela no es precisamente una creación reciente que está de moda. Existe, sin embargo, una diferencia interesante en el linaje intelectual que ellos mismos se construyen. Mientras que los monistas se remiten a una serie de pensadores estadounidenses, desde Wilson y Thayer hasta Frankfurter y Bickel, los fundacionalistas prefieren a unos pensadores filosóficos más alejados en el tiempo y en el espacio, como Kant (vía Rawls)[17] y Locke (vía Nozick)[18], que actualmente son sus fuentes de inspiración más importantes. En estos momentos no estoy interesado en esos debates internos. Mi objetivo es describir cómo el grupo de los fundacionalistas se diferencia de otras escuelas más democráticas.

Empecemos con los monistas. Es justo decir que son hostiles a los derechos, al menos tal como los entienden los fundacionalistas. De hecho, es precisamente cuando el Tribunal Supremo empieza a invalidar normas en nombre de los derechos fundamentales, que los monistas empiezan a preocuparse por la «dificultad de contradecir a una mayoría» que convierte la revisión judicial en algo presuntamente ilegítimo[19].

Esta «dificultad» no le parece tan formidable a un fundacionalista. En realidad, le impresiona más el hecho de que una asamblea legislativa democrática pueda refrendar una serie de acciones opresivas: instaurar una religión, autorizar la tortura, etc… Cuando estas violaciones se producen, el fundacionalista exige la intervención judicial pese a la infracción del principio democrático. Los derechos están por encima de la democracia, en el supuesto, naturalmente, de que sean los auténticos derechos.

Y este es el quid de la cuestión. Es, efectivamente, la ansiedad que les produce la definición arbitraria de los derechos lo que induce a los fundacionalistas reflexivos a recurrir a grandes pensadores como Kant o como Locke en su esfuerzo por entender la constitución. Si los jueces tienen que evitar las arbitrariedades a la hora de definir los derechos fundamentales, ¿no deberían aprovecharse de las reflexiones más profundas sobre el tema que ofrece la tradición filosófica occidental?

---

[17] John Rawls, «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, vol. 77, 1980, p. 515.

[18] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nueva York, Basic Books Inc., 1974.

[19] No es cierto que los monistas se opongan necesariamente a todos los ejercicios de revisión judicial. Como ya he sugerido, la escuela monista se ha mostrado bastante ingeniosa a la hora de justificar la protección judicial de uno u otro derecho como conveniente para el funcionamiento democrático del sistema.

Para el monista, esta vuelta a los Grandes Libros es un síntoma más de la enfermedad antidemocrática del fundacionalista. Sean cuales sean sus méritos filosóficos, el discurso del fundacionalista es invariablemente esotérico, por cuanto implica encuentros con autores y doctrinas que la mayoría de personas con una educación universitaria eludieron durante su trayectoria académica. Este exaltado discurso sobre Kant y Locke no hace sino poner de manifiesto el elitismo implícito en el hecho de excluir determinadas cuestiones fundamentales del proceso democrático.

Estas objeciones no convencen en absoluto a los fundacionalistas. Solo sirven para provocar nuevas ansiedades acerca de la facilidad con que la democracia monista puede ser barrida por la irracionalidad demagógica. Y así prosigue el debate, con cada bando hablando sin escuchar al otro: democracia contra derechos, derechos contra democracia, punto y contrapunto, y muy pocos cambios de opinión.

¿Cómo cambia la introducción del dualismo la configuración de este campo de referencias comunes? Ofreciendo un marco que permite a ambos bandos acomodar si no todas, algunas de sus preocupaciones. El dispositivo de mediación básico es el sistema de legislación democrática dualista o de doble vía. Concede un lugar importante al punto de vista fundacionalista de los «derechos como mejor baza» sin violar el compromiso más profundo del monista con la primacía de la democracia. Para que se entienda la lógica de esta acomodación, supongamos que un movimiento centrado en los derechos adopta la vía de la producción normativa de carácter superior y consigue movilizar con éxito al Pueblo para que respalde una u otra Carta de Derechos [*Bill of the Rights*]. A la luz de este logro, el dualista puede fácilmente refrendar la invalidez judicial de leyes posteriores que violen estos derechos, aunque afecten a cuestiones como la protección de la privacidad o de la libertad personal, que poco tienen que ver con la integridad del proceso electoral, que tan central es para los demócratas monistas. Como hemos visto, el dualista cree que el Tribunal promueve la causa de la democracia cuando preserva derechos constitucionales frente a la erosión por parte de unas elites políticamente influyentes que aún tienen que movilizar al Pueblo para que respalde la revocación de unos principios legislativos superiores previos. Así, a diferencia del monista, no tendrá ningún problema en respaldar la idea de que los derechos puedan imponerse adecuadamente a las conclusiones de la política democrática normal. Puede hacerlo, además, sin necesidad de apelar a principios no democráticos como los proclamados por los fundacionalistas de los derechos. Así, el dualista puede ofrecer una reconciliación más profunda de la democracia y los derechos a aquellos que encuentran una cierta dosis de verdad en ambos lados del debate.

Esta reconciliación, por supuesto, no será igual de satisfactoria para todos los miembros de las escuelas previamente en litigio. El problema

para el fundacionalista comprometido es, de modo nada sorprendente, que los fundamentos que el dualista ha construido para la protección de los derechos no son bastante sólidos[20]. Es cierto, concede el fundacionalista, que el dualista aplaudirá la protección judicial de los derechos si es posible encontrar un mandato jurídico en la anterior producción normativa de carácter superior. Pero este es un «si» muy grande ¿Y si el Pueblo no ha adoptado la Carta de Derechos correcta? ¿Debería interpretarse entonces la Constitución de un modo que permitiese la perpetración de la injusticia por la vía legal?

Son las diferentes respuestas que dan a esta pregunta lo que sigue distinguiendo al dualista del fundacionalista comprometido. Para el dualista, la protección judicial de los derechos depende de una afirmación democrática anterior a través de la producción normativa de carácter superior. En este sentido, la Constitución del dualista es democrática, primero, y protectora de los derechos, después. El fundacionalista comprometido invierte esta prioridad: la Constitución se ocupa primero de proteger los derechos y, solo después, autoriza al Pueblo a hacer valer su voluntad en otras materias. Una vez aislado este desacuerdo, hemos de ver si puede ser resuelto. ¿Hay argumentos muy generales que indiquen si la Constitución estadounidense se ha construido sobre una base dualista o sobre una base fundacionalista?

Mi respuesta es que sí los hay. Una vez más, la razón decisiva proviene del carácter particular de una legislación de doble vía. Mi argumento contra el fundacionalismo se centra en el hecho de que nuestra Constitución nunca (con dos excepciones que consideraré en breve) ha afianzado explícitamente la norma superior existente frente a la subsiguiente revisión de la misma por parte del Pueblo. Si bien la Constitución original concedía protección legal de carácter superior a la esclavitud, por lo menos no trató de convertir en inconstitucional el hecho de que los estadounidenses de generaciones posteriores reconsiderasen la cuestión; de modo parecido, cuando los estadounidenses de comienzos del siglo XX aprobaron la Ley Seca elevándola al rango de norma superior, no trataban de convertir la enmienda en inenmendable. En estos dos casos, naturalmente, el Pueblo ha ejercido su derecho a cambiar de opinión. Y pocos de nosotros dirían que la derogación empeoró las cosas. Los fundacionalistas, sin embargo, tienen que aceptar la posibilidad general de revocación con cierta incomodidad, ya que esta práctica de resultado abierto posibilita enmiendas constitucionales de un tipo que la mayoría de fundacionalistas modernos considerarían moralmente catastróficas.

---

[20] Me centraré aquí solamente en las objeciones de los fundacionalistas más contundentes, y diferiré una defensa más elaborada del carácter democrático del dualismo hasta el capítulo 11.

Un caso hipotético: supongamos que el resurgimiento religioso que predomina actualmente en el mundo islámico es la primera ola de un gran despertar que acabará envolviendo al Occidente cristiano. Una reacción general de repulsa contra el materialismo ateo provoca una movilización masiva que finalmente tiene como resultado una campaña exitosa a favor de la revocación parcial de la Primera Enmienda. En los albores del nuevo milenio, se proclama en todo el territorio nacional la Enmienda XXVII:

> Se establece el cristianismo como religión oficial del pueblo estadounidense y por la presente enmienda queda prohibido el culto público de otros dioses.

Esta promulgación inauguraría una transformación profunda de nuestro legado normativo superior, de una importancia más o menos equivalente –aunque de diferente tipo– a las conseguidas por los Republicanos de la Reconstrucción o por los Demócratas del *New Deal* en generaciones anteriores. Dicha enmienda, además, atentaría profundamente contra mi propio compromiso con la libertad de conciencia. De todos modos, si yo tuviese la desgracia de ser en aquel momento uno de los magistrados del Tribunal Supremo (ocupando el cargo como un vestigio de la última administración secular) no tendría ninguna duda acerca de mi responsabilidad judicial. Si bien confío en que mantendría mi convicción de que esta enmienda a favor del cristianismo era un terrible error, la respaldaría como una parte fundamental de la Constitución: si en 2001, un intransigente interpusiera un recurso para que el Tribunal Supremo declarase inconstitucional la enmienda a favor del cristianismo, yo estaría al lado de mis colegas y rechazaría categóricamente el objeto del recurso o presentaría la dimisión y participaría en una campaña para convencer al pueblo estadounidense de que cambiase de opinión.

Pero no seguiría el camino sugerido por el fundacionalismo: aferrarme al cargo y escribir un manifiesto negando que la Primera Enmienda hubiese sido legítimamente enmendada. Dudo, además, que alguien pueda encontrar muchos juristas estadounidenses que discrepen de este punto de vista, incluso entre aquellos que actualmente se llenan la boca con una retórica fundacionalista[21].

---

[21] La conmoción provocada por la propuesta de enmienda del presidente Bush sobre la quema de banderas ilustra este punto. Ningún opositor serio a esta propuesta sugirió que la Primera Enmienda no pudiese ser válidamente reformada, aunque la iniciativa de Bush apuntaba al corazón mismo de la preocupación de la enmienda por la libertad de expresión política. Al contrario, los opositores confiaron en el buen sentido del pueblo estadounidense y consiguieron persuadirle para que rechazase este patriotero asalto a su patrimonio de libertad.

La discrepancia judicial no sería absurda en otros países, particularmente en la Alemania actual. En el periodo posterior al nazismo, la nueva Constitución de Alemania Occidental declaró explícitamente que una larga lista de derechos humanos fundamentales *no podía* ser constitucionalmente reformada independientemente de la medida en que una mayoría de alemanes aprobase su revocación. Teniendo en cuenta este consciente acto de blindaje, sería absolutamente correcto que el Tribunal Constitucional alemán emitiese una opinión, lo que sería absurdo en el contexto estadounidense, para revocar una enmienda que violase abiertamente el principio de la libertad de conciencia. Con una Constitución tan fundacionalista, los jueces estarían en su derecho a seguir resistiendo: si la mayoría política dominante insistiese en la revocación, se vería obligada a sustituir la Constitución por una nueva en su nefasta determinación de destruir unos derechos fundamentales[22].

Pero esto solo pone de manifiesto lo lejos que se encuentra actualmente el Estados Unidos dualista de la Alemania fundacionalista. En la medida en que Estados Unidos ha tenido experiencia constitucional de un blindaje a la alemana, las lecciones que ha sacado de ello han sido muy negativas. Los Fundadores de la República estadounidense eran perfectamente conscientes del blindaje en 1787 pero no utilizaron este recurso para defender la causa de la libertad humana. Lo utilizaron para asegurar el comercio africano de esclavos prohibiendo explícitamente al pueblo americano promulgar una enmienda aboliendo la práctica del mismo antes del año 1808[23]. Esta historia sugiere que la interpretación fundacionalista es inconsistente con las premisas actuales del sistema de producción normativa de carácter superior estadounidense. En Estados Unidos, a diferencia de Alemania, la fuente de los derechos es el Pueblo, pero la Constitución no especifica qué derechos ha de aceptar (o con los que se ha de conformar)[24].

---

[22] Técnicamente esto podría hacerse en el marco de la actual Ley Básica (*Grundgesetz*), que en su Artículo 146 permite su sustitución por una constitución completamente nueva (*Verfassung*). Dado que los redactores de la Ley Básica tomaron esta decisión para subrayar el carácter provisional de Alemania Occidental, y no el carácter provisional de los derechos fundamentales, sería una lectura abusiva del citado Artículo utilizar la ocasión de una nueva *Verfassung* para modificar las disposiciones más arraigadas sobre los derechos humanos. De todos modos, esta posibilidad técnica proporciona una vía de escape por medio de la cual los dualistas alemanes podrían modificar los compromisos fundacionalistas de su Ley Básica.

[23] La segunda disposición blindada estipula que ningún estado será privado de representación igual en el Senado sin su expreso consentimiento (Artículo 5 de la Constitución estadounidense). Este esfuerzo para blindar el federalismo provocó toda clase de problemas después de la Guerra Civil. Véase el segundo volumen de esta obra.

[24] Mi hipotética enmienda sobre el cristianismo implica un derecho que la mayoría de fundacionalistas consideraría fundamental, pero que casi todos los juristas –y todos los dualistas– reconocerían inmediatamente como revocable. Si bien este ejemplo basta para distinguir el dualismo del fundacionalismo, su carácter hipotético no nos permite considerar si la teoría dualista deja algún lugar conceptual al blindaje. Para someter a prueba a esta cuestión, supongamos que un movimiento religioso consiguiese ratificar una segunda enmienda además de la hipotética que hemos planteado en el texto: «Todo estadounidense que propugne la revocación de la Enmienda XXVII será declarado culpable de traición y condenado a la pena capital».

Hablando como ciudadano, no me alegra nada este descubrimiento. Yo creo que sería una buena idea blindar la Carta de Derechos frente a la subsiguiente revisión por parte de una futura mayoría estadounidense atrapada en una especie de horrible paroxismo neonazi[25]. Pero esto, en cierto modo, solo expresa mi intención, que es la de clarificar el espíritu de la Constitución tal como es, y no tal como podría (o no) llegar a ser. A menos (y hasta) que un movimiento político consiga blindar una Carta de Derechos moderna, el dualismo describe la ambición de la empresa estadounidense mejor que cualquier interpretación fundacionalista. La Constitución pone a la democracia en primer plano, aunque no de la forma simplista que suponen los monistas.

El historicismo

El choque entre monistas y fundacionalistas domina el campo actual del debate constitucional y ha pasado del aula a la sala del tribunal. La aguda división existente entre las dos escuelas remeda la separación entre demandante y demandado en un pleito típico, con el demandante insistiendo en que una ley ha violado sus derechos fundamentales y el demandado alegando que los tribunales deberían acatar el criterio de la autoridad democrática del Congreso. No tiene nada de extraño que los jueces y los ciudadanos juiciosos se vean llevados a reflexionar sobre la democracia y los derechos, creando un público para las obras de las dos escuelas rivales.

El dualismo expresa una posibilidad más esperanzadora. Tal vez el conflicto entre demandante y demandado no es el indicio de un conflicto incesante entre los aspectos democrático y garantista de los derechos de

---

Esta enmienda, a diferencia de la primera, pretende hacer que al Pueblo le sea imposible reconsiderar su compromiso con el cristianismo, por lo que equivale a la revocación de la propia democracia dualista. ¿Sería, por lo tanto, constitucionalmente apropiado que los jueces la invalidasen? ¿O sería simplemente mejor que todas las personas decentes abandonasen el sistema y luchasen por derrocarlo?

Tales cuestiones vale más dejarlas para el día aciago en que se planteen. De momento, basta con no caer en la tentación de darles respuestas fáciles. En particular, no creo que los jueces estuviesen justificados en hacer valer una autoridad general para proteger los principios fundamentales de la democracia dualista contra la repulsa del Pueblo. Supongamos, por ejemplo, que la siguiente fase de nuestra política constitucional estuviese dominada por una coalición movilizada de liberales que pretendiese blindar una versión modernizada de la Carta de Derechos que garantizase el derecho a una renta mínima junto a otros derechos desconocidos por los Padres Fundadores del siglo XVIII. Este acto de blindaje, no menos que la segunda enmienda sobre el cristianismo, sería inconsistente con los principios de la democracia dualista, dado que haría imposible que el Pueblo pudiese cambiar de opinión respecto a determinados valores constitucionales. Pero, ¿tendrían los jueces la autoridad constitucional de obligar al pueblo a mantener abiertas estas posibilidades?

[25] Retomaré esta cuestión en el capítulo 11.

nuestra tradición. Más bien, tanto la promulgación de legislación ordinaria *como* la protección judicial de los derechos constitucionales forman parte de una práctica más general de democracia dualista. Esta síntesis abstracta, por supuesto, apenas basta para decidir casos concretos pero apunta en una dirección particular: hacia un estudio reflexivo del pasado con vistas a determinar cuándo el Pueblo se ha expresado y qué es lo que ha dicho durante los momentos históricos de política constitucional exitosa.

Las paradojas del «burkeanismo» estadounidense

Esta tendencia historicista permite al dualista entrar en contacto con un tercer tipo de pensamiento constitucional. Lo llamaré burkeano porque todavía tiene que encontrar un portavoz moderno que esté a la altura de Burke[26]. Si bien es posible aislar elementos burkeanos en trabajos teóricos recientes[27], esta tendencia se manifiesta de una forma mucho más pronunciada entre abogados y jueces en ejercicio.

Estos profesionales no necesitan que unos teóricos brillantes les convenzan para que cultiven una sensibilidad burkeana. Están ya profundamente inmersos en la tradición del *common law* que exige precisamente la sensibilidad y habilidades que recomiendan los burkeanos más convencidos. Lo que cuenta para el practicante del *common law* no es una elaborada teoría, sino los patrones concretos de decisión construidos por los tribunales y otras instancias de decisión durante décadas, generaciones, siglos. Lentamente, a menudo de una forma semiconsciente y algo tortuosa, estas decisiones se van acumulando y reforzando de modo gradual hasta producir los derechos constitucionales que los estadounidenses modernos dan por sentados, del mismo modo que generan poco a poco los precedentes que el Presidente y el Congreso pueden utilizar para reclamar nuevas cuotas de autoridad constitucional. La tarea del abogado o del juez burkeano es dominar estos precedentes, alcanzando de este modo una comprensión de sus potenciales ocultos para crecer o decaer.

Esta concepción básica puede ser elaborada en un sentido conservador o en un sentido reformista. Los reformistas gradualistas tratarán de adecuar estos precedentes al «sentido moral en evolución del país»; los tipos más conservadores estarán más abiertos al desarrollo incremental de nuevos poderes presidenciales que al de nuevos derechos constitucionales.

---

[26] Aunque Alexander Bickel fue un portavoz elocuente, murió antes de tener la oportunidad de desarrollar sus puntos de vista. Véase, de todos modos, A. Bickel, *The Morality of Consent*, New Haven, Yale University Press, 1975, pp. 1-30.

[27] Véase, por ejemplo, Anthony Kronman, «Alexander Bickel's Philosophy of Prudence», *The Yale Law Journal*, vol. 94, núm. 7, 1985, p. 1567-1616; Charles Fried, «The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know», *Texas Law Review*, vol. 60,1981, p. 35-58.

Como siempre, es más importante centrarse en aquello que todos estos espertos en *common law* comparten, que es el énfasis que ponen en el cultivo de una tradición histórica concreta que se echa mucho en falta en el discurso de los «grandes teóricos», tanto si son de tendencia monista como fundacionalista.

Por lo que respecta a estos burkeanos, hay más sabiduría en la acumulación gradual de decisiones concretas que en las especulaciones abstractas de nuestros más brillantes académicos. La única «teoría» que tiene un valor real se encuentra en las opiniones de los jueces que responden a los hechos de casos particulares. Y tampoco estas teorías hay que tomárselas demasiado en serio, dado que adoptarán significados diferentes al ser puestas a prueba por generaciones de jueces diferentes enfrentados a casos diferentes. La Constitución simplemente no puede ser entendida por unos teóricos especulativos que no han sido capaces de sumergirse en la práctica histórica de la decisión concreta y que, por consiguiente, no han podido cultivar el prudente sentido del arte de gobernar necesario para un sabio desarrollo constitucional.

Tales sentimientos contienen aportaciones importantes pero no hay que confundirlas con la verdad completa. Para poner la sensibilidad burkeana en su lugar, abordaré primero el aspecto del constitucionalismo dualista que dicha sensibilidad ignora enteramente. Solo entonces será posible aislar puntos de convergencia importantes.

El punto ciego del jurista practicante del *common law* puede resumirse en dos palabras: política constitucional. Efectivamente, en aquellas ocasiones en que el burkeanismo alcanza conciencia de su propia identidad, como en la obra del último Bickel[28], la política constitucional es agresivamente menospreciada. Los burkeanos únicamente ven en los movimientos políticos populares a unos líderes carismáticos pero sin escrúpulos; unos pronunciamientos enérgicos pero absolutamente ambiguos; unas masas entusiastas pero ignorantes. Retroceden asqueados ante la escena de la movilización de las masas. En el mejor de los casos, las erupciones de irracionalidad colectiva se desintegrarán rápidamente entre nubes de recriminación entre facciones. Por otro lado, un gobierno atrapado en una retórica utópica puede degenerar con una velocidad asombrosa en una tiranía indescriptible. Ante esta pesadilla, ¿puede alguien en pleno uso de sus facultades mentales respaldar un régimen en el que el sobrio y sensato burkeano no tenga la última palabra?

---

[28] Véase A. Bickel, *The Morality of Consent*, cit. Para los más elocuentes portavoces de disciplinas relacionadas, véase: Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, Chicago University Press, 1978; Samuel Huntington, *American Politics: The Promise of Disharmony*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1981; Michael Oakeshott, *On Human Conduct*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

El dualista responde rechazando la autocongratulatoria declaración burkeana de las alternativas. Mientras que solo los insensatos no perciben los peligros de la demagogia de masas, el dualista se niega a olvidar una posibilidad muy diferente. Aquí el liderazgo político desafía la sabiduría tradicional en nombre de unos principios que, aun siendo inevitablemente abiertos, tienen un contenido racional. Aunque estas iniciativas transformadoras inspiran la implicación de las masas, compromisos apasionados y grandes sacrificios, el resultado no es una incalificable tiranía, sino un diálogo cada vez mayor entre los líderes y las masas en el marco de una estructura democrática que finalmente consigue generar un amplio consenso popular en pro de una ruptura drástica con el *statu quo*. Finalmente el dualista cuestiona la sugerencia que hacen los burkeanos a los juristas constitucionalistas para que olviden lo antes posible los resultados de estos alucinantes estallidos populares. Al contrario, la mayor parte de los estadounidenses identifican nuestras grandes luchas populares como procesos que culminan con los mayores logros constitucionales de la nación. Así, la Constitución original codificó la derrota de la monarquía por la generación revolucionaria en nombre del autogobierno republicano; las enmiendas de la Guerra Civil codificaron la lucha de toda una generación para rechazar la esclavitud en nombre de un nuevo ideal constitucional de igualdad, etcétera. En vez de olvidar estos logros populares, *nuestra* Constitución busca protegerlos de la erosión durante las épocas más normales, cuando el Pueblo se implica menos en asuntos de Estado.

Esta conclusión dualista desafía la sensibilidad burkeana estándar de cuatro maneras distintas. En primer lugar, socava su compromiso con el incrementalismo. Aunque la adaptación gradual es una parte importante de la historia[29], la Constitución no puede entenderse sin reconocer que los estadounidenses han rechazado con éxito una y otra vez grandes porciones de su pasado y han transformado su norma superior para expresar cambios profundos de sus identidades políticas. Es probable que estos cambios no parezcan radicales a quienes anhelan una revolución total que busca (en vano) borrar hasta el menor rastro del antiguo régimen, pero juzgados desde otro punto de vista, apenas tienen un carácter gradualista. Si una etiqueta puede clarificar la cuestión, la historia estadounidense está salpicada de ejercicios exitosos de *reforma revolucionaria* en los que los protagonistas lucharon por cuestiones básicas de principio que tenían ramificaciones importantes para la conducción de áreas considerables de la vida estadounidense.

Lo que nos lleva a un segundo reto por parte de los dualistas. El burkeano desconfía no solo de las grandes rupturas sino también de las

---

[29] Como sugerirá mi discusión de la interpretación judicial en los capítulos 4-6.

llamadas conscientes a los principios abstractos que las acompañan. Se enorgullece de no hablar a la ligera de Libertad, Igualdad o Democracia. Incluso teorías más modestas que se ocupan de la «libertad de expresión» o de la «igual protección» le parecen extremadamente imprecisas. El dualista, en cambio, considera el trato con los ideales abstractos como un aspecto ineludible del pasado estadounidense. Con independencia de lo que pueda decirse de los Padres Fundadores, lo que está claro es que no estaban nada contentos con el arte burkeano de trampear las crisis. Eran hijos de la Ilustración que deseaban utilizar la mejor ciencia política de su tiempo para demostrar a un mundo escéptico que el autogobierno republicano no era un sueño utópico[30]. De lo contrario nunca se hubiesen propuesto redactar una Constitución que, en unos cuantos miles de palabras, contuviese un montón de ideas e instituciones aún no probadas. Si los ideales abstractos eran importantes para los Padres Fundadores y para sus sucesores en la política constitucional, ¿cómo podemos pretender entender su legado sin confrontarlos?

Hay, sin embargo, una abstracción particular que resulta especialmente problemática para el burkeano. Y es el gobierno del Pueblo. El Pueblo gobierna mejor, afirma el burkeano con un guiño de complicidad, cuando deja los asuntos del gobierno en manos de una elite cualificada inmersa en la tradición constitucional concreta de la nación. Sin prisa pero sin pausa, esta elite detectará en qué sentido avanza el sentimiento popular y dará el sinfín de pequeños pasos necesarios para encontrar en la tradición la respuesta a las necesidades especiales y solo medio articuladas del presente. Para el burkeano, sin embargo, es preferible que el diálogo público que acompaña a esta adaptación permanente se reserve a unas elites relativamente pequeñas: jueces que discuten entre ellos la relación existente entre las decisiones tomadas en el pasado y los problemas presentes; estadistas que argumentan que sus electores no les han dado el mandato de realizar unos objetivos particulares, sino que los han elegido por su prudente capacidad para llevar a cabo una política pública sensata.

Una vez más, no es necesario que el dualista minimice la importancia de esta empresa siempre abierta de adaptación política normal. Este, sin embargo, se niega a permitir que tal conversación entre las elites oculte la existencia de un diálogo diferente y más importante: el diálogo mediante el cual las masas movilizadas de ciudadanos ordinarios pueden finalmente organizar su voluntad política con la claridad suficiente para dictar la ley a quienes hablan en su nombre un día sí y otro también en Washington, DC. Si bien las elites políticas en competencia entre

[30] Véase Paul Kahn, «Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism», *The Yale Law Journal*, vol. 98, 1989, pp. 449, 453-473.

sí desempeñan un papel fundamental en esta dialéctica de la producción normativa de carácter superior, el proceso implica típicamente una especie de política ideológica conflictual que el burkeano desdeña. Este desdén es tanto más lamentable por cuanto un proceso de producción normativa de carácter superior exitoso también requiere prudencia y sentido de Estado, al cual los burkeanos, si no mostrasen tal menosprecio, podrían hacer importantes contribuciones.

Resumiendo la crítica dualista en un cuarto punto que presupone los tres primeros: el burkeano no se da cuenta de que él mismo puede convertirse fácilmente en parte del problema más que de la solución. El problema es cómo impedir que el gobierno normal se aparte de los grandes principios de la norma superior validados por el Pueblo durante los momentos, relativamente raros, de éxito en el plano de la política constitucional. Los burkeanos amenazan con empeorar el problema al aprovecharse de la escasa implicación de la ciudadanía en la política normal para abrazar unas soluciones «propias de estadistas» que debilitan principios fundamentales previamente afirmados por el Pueblo. En tales casos la «prudencia» burkeana degenera, a ojos del dualista, en un elitismo oscurantista que se enorgullece de ignorar los grandes logros constitucionales del pueblo norteamericano.

El propio Burke fue consciente de ello. Aunque hoy es principalmente recordado por el famoso contraste que establecía entre la vehemente y abstracta política de la Revolución Francesa y el desarrollo concreto e incremental de la Constitución británica, Burke reconoció que los revolucionarios americanos evitaron esta falsa dicotomía y trató de entender lo mejor que pudo el carácter distintivo del experimento de reforma revolucionaria que estos llevaron a cabo[31]. Tal vez él mismo hubiera sido el primero en protestar por el esfuerzo que hacen algunos autoproclamados burkeanos de ignorar las movilizaciones populares que salpican la historia estadounidense.

Es posible que la historia inglesa moderna se ajuste más al modelo incremental que adoptan los modernos burkeanos, pero no estoy muy seguro de ello. En cualquier caso, los burkeanos tendrían que controlar su anglofilia a la hora de abordar el pasado estadounidense. Si quieren hacer un buen uso de su genio historicista, tienen que admitir que la historia estadounidense pone de manifiesto el desarrollo popular continuado de una política de principios que, cuando tiene éxito, desemboca en una reforma revolucionaria cuyo sentido, basado en sólidos principios, debe ser entendido en profundidad si la tradición pretende renovarse a sí misma.

---

[31] Edmund Burke, «Speech on Moving His Resolution for Conciliation with the Colonies», en Edmund Burke, *Selected Writings and Speeches*, edición de P. Stanlis, Gloucester (MA), Peter Smith Publisher Inc., 1968, p. 147, (donde enumera los aspectos característicos del pueblo estadounidense).

Una vez admitido este punto esencial, el dualista y el burkeano pueden descubrir un terreno común. Para empezar, el énfasis burkeano en las patologías demagógicas de una política de masas vehemente nos advierte de la necesidad de proceder con el mayor cuidado a la hora de entender nuestro sistema de producción normativa de carácter superior, tal como fue originalmente concebido y tal como se ha desarrollado en respuesta a los retos concretos de la historia estadounidense. Y no es que este estudio nos inmunice contra los arrebatos de irracionalidad colectiva que puedan producirse en el futuro. Esta garantía no existe. La demagogia es un riesgo endémico en todo sistema democrático que puede dejar la autoridad real de la toma de decisiones en manos de una masa de personas que solo dispone de un tiempo y una energía limitados para dedicarlos a los grandes temas políticos. De todos modos, estos riesgos pueden ser controlados, en primer lugar, mediante el cultivo popular de las artes de la ciudadanía en una gran variedad de contextos cotidianos, desde la asamblea sindical al consejo escolar o las liguillas deportivas; y, en segundo lugar, estudiando la forma en que las estructuras constitucionales pueden animar a los movimientos transformadores a canalizar sus energías en un diálogo productivo con el conjunto del pueblo estadounidense.

Esta segunda tarea define una de mis preocupaciones centrales. Al reexaminar dos siglos de experiencias de producción normativa de carácter superior, estaré ojo avizor ante los procesos históricos concretos que han permitido a los estadounidenses transformar momentos de un sacrificio apasionado y de una movilización vehemente en logros legales duraderos, logros que pueden seguir inspirándonos hoy a la hora de afrontar los retos que nos plantea el futuro. Confío en que una gran parte de este estudio recordará a los juristas versados en el *common law* sus propios esfuerzos por aprender de los precedentes históricos del pasado, con una importante salvedad. No vamos a concentrarnos en las decisiones de los jueces, sino en las de los legisladores. Los precedentes fundamentales del proceso de producción normativa de carácter superior los establecieron, en momentos de crisis, líderes como Madison, Lincoln y Roosevelt, quienes, en una compleja interacción con otras instituciones y con el pueblo en general, obtuvieron finalmente la autoridad democrática para introducir cambios fundamentales en nuestra norma suprema. Dado que los tribunales han desempeñado un papel secundario en la evolución del proceso de producción normativa de carácter superior, no podemos restringir el objeto de nuestra atención a los jueces, si queremos describir y reflexionar sobre la práctica constitucional de la soberanía popular en la historia estadounidense.

Un primer vínculo con la sensibilidad burkeana, por consiguiente, será la preocupación por el proceso histórico concreto mediante el cual los estadistas prácticos han abordado y resuelto los dilemas característicos de la

política constitucional. Esto nos llevará a vislumbrar un segundo punto en común. Aquí el dualista comparte con el burkeano la insistencia en que la Constitución se entiende mejor como una tradición históricamente arraigada de teoría y praxis, un lenguaje de la política en perpetua evolución, como si dijéramos, mediante el cual los estadounidenses han aprendido a conversar unos con otros en el curso de su empeño centenario por definir su identidad nacional.

Esta noción de una continua tradición de discurso escapó a las dos primeras escuelas que hemos considerado. El demócrata monista oficia en el altar del *presente*; supone que sabe todo lo que necesita saber acerca del gobierno democrático simplemente consultando la última palabra legal aprobada por el Congreso. El fundacionalista trata de escapar totalmente de los límites del tiempo; confía en definir una especie de ahistórico *estado de naturaleza* o *posición original* que sirva de plataforma constitucional desde la que emitir un juicio sobre el espectáculo pasajero de la historia. Al elaborar la voluntad constitucional del Pueblo, el dualista no empieza ni con la voluntad de la asamblea legislativa actual ni con la razón de alguna asamblea utópica. Su objetivo es el tipo de comprensión situada que uno alcanza después de una buena conversación. Solo que esta vez la conversación no es entre amigos, ni tampoco entre enemigos, que comparten un mismo momento en el tiempo y que pueden por ello observar el tono de voz y los gestos del otro, y seguir diciendo mañana lo que ha quedado por decir hoy.

El reto, en cambio, es ubicarnos en una conversación entre generaciones. En el momento en que llegamos a nuestra madurez política, los estadounidenses de hoy no nos encontramos como si fuéramos exploradores que establecen una nueva colonia en un nuevo mundo previamente deshabitado, sino que, por el contrario, nos situamos en una escena política ya establecida con una compleja práctica simbólica cargada de significado por el pensamiento y la acción de generaciones anteriores. No estamos obligados, por supuesto, a hacer el esfuerzo de entender estos símbolos. Podemos, si así lo decidimos, arrumbarlos con un gesto solemne de desprecio, o dejarlos agonizar en una muerte lenta negándonos a escuchar las voces de quienes nos precedieron.

Hay, sin embargo, sabiduría en estas voces, si tratamos de escucharlas. Pueden enseñarnos cómo se las arreglaron las generaciones anteriores para implicarse en grandes logros democráticos a escala continental; cómo consiguieron preservar la política democrática durante aquellos periodos en los que la implicación ciudadana era constitucionalmente menos creativa. Al procurar entablar una conversación con estas voces, mi objetivo no es postrarme de rodillas ante su superior sabiduría. Una conversación con el pasado es solamente una parte del proceso mediante el cual el presente obtiene su propia voz y de ese modo hace su propia contribución perdurable a la tradición constitucional. ¿Acaso el Pueblo estadounidense ha dicho

ya la última palabra sobre su identidad constitucional? ¿Cuál es el mejor modo de continuar la práctica de la democracia dualista una vez entrados en el tercer siglo estadounidense? ¿Cuál es el mejor modo de revisar nuestro legado normativo de carácter superior para que esté a la altura de las exigencias del futuro?

Yo tengo mis propias respuestas y estoy seguro de que también las tiene el lector pero ninguno de nosotros puede esperar ganarse el consentimiento popular sin una lucha apasionada y un amargo desacuerdo. ¿Acaso no tenemos la obligación de entender del mejor modo posible cómo los estadounidenses hemos puesto a prueba mutuamente nuestras respuestas en el pasado? Pese a toda su contingencia histórica e imperfección moral, nuestro lenguaje constitucional ha sentado las bases sobre las que generaciones anteriores han disentido entre sí y a veces ha hecho posible que avanzaran, más allá de sus desacuerdos, hacia una comprensión transformada de sus compromisos políticos. ¿Es erróneo suponer que sigue siendo un recurso crucial en nuestra propia lucha por la identidad nacional?

El renacimiento republicano

He empezado con Burke no porque sea el filósofo de la historia más importante, sino porque representa una poderosa corriente de opinión en la comunidad de jueces y abogados que interpretan diariamente la Constitución. Me ha parecido importante advertirles que la tradición constitucional de la reforma revolucionaria es muy diferente de la adaptación del *common law*; y de que, si quieren preservar una noción burkeana de la textura distintiva de la historia estadounidense, tendrán que ir más allá del estrecho incrementalismo tan a menudo asociado con el nombre de Burke[32]. Pero sería una equivocación cerrar nuestra discusión del historicismo con la sabiduría profesional imperante. Del mismo modo que el derecho estadounidense ha demostrado en el pasado una notable capacidad para asimilar un sinfín de críticas populares y académicas, hay muchas razones para confiar en una revisión similar en el futuro.

De hecho, si la reciente ola de erudición legal constituye una guía fiable, habría que decir que este proceso de reorientación histórica ya ha comenzado. Durante los últimos años, las revistas legales se han unido de lleno a los esfuerzos encaminados a completar un gran proyecto crítico ya iniciado por muchos historiadores y politólogos. De manera nada sorprendente, el objetivo de la crítica de esta nueva generación ha sido la de sus padres –historiadores

[32] El Burke histórico es una figura mucho más compleja que el incrementalista conservador de la ficción moderna. Véase Robert Kelley, *The Transatlantic Persuasion: The Liberal Democratic Mind in the Age of Gladstone*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1969, cap. 3.

como Richard Hofstadter[33], politólogos como Robert Dahl[34], sociólogos como Daniel Bell[35]– cuya obra ocupa un lugar importante en el horizonte académico de la década de 1960. Esta obra, al parecer de muchos, dotó al liberalismo estadounidense de una solidez social y de una influencia de la que carecía, provocando respuestas complejas tanto en las ciencias históricas como en las sociales con la intención de poner las cosas en su lugar.

El esfuerzo crítico más relevante en este contexto trata de revitalizar el aspecto republicano de la tradición política estadounidense. El innovador trabajo de Bernard Bailyn[36] y de Gordon Wood[37] no solo ha fijado la agenda a muchos historiadores, sino que también ocupa un lugar cada vez mayor en el ámbito de la doctrina jurídica, con las notables contribuciones de Frank Michelman[38], Suzanna Sherry[39], Cass Sunstein[40], y Mark Tushnet[41]. Estas exploraciones iniciales sugieren que el «renacimiento republicano» no es el monopolio de un único punto de vista político[42]. Su diversidad no debe cegarnos ante la invitación común implícita en todos ellos: ¿acaso no sería una insensatez por parte de los profesionales del derecho ignorar el «renacimiento republicano» entre los historiadores estadounidenses?

Reconozco mi propia deuda con dos clásicos modernos: *The Liberal Tradition in America*[43], de Louis Hartz, y *The Machiavellian Moment*[44], de John Pocock. Estas obras se consideran, con razón, como la afirmación filosóficamente más lúcida de las viejas tesis «liberales» y de las más recientes

---

[33] Véase, por ejemplo, Richard Hofstadter, *The Progressive Historians: Turner, Beard, Parrington*, Nueva York, Alfred A. Knopf, 1969.
[34] Robert Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, Chicago University Press, 1956; Robert Dahl, *Who Governs?*, New Haven, Yale University Press, 1961.
[35] Daniel Bell, *The End of Ideology: On the Exhaustion of Political Ideas in the Fifties*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1960, ed. rev., 1962.
[36] Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1967.
[37] Gordon Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill y Londres, The University of North Carolina Press, 1969.
[38] Frank Michelman, «Law's Republic», *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1943; y «The Supreme Court, 1985 Term–Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 4, 1986.
[39] Suzanna Sherry, «Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication», *University of Virginia Law Review*, vol. 72, núm. 3, pp. 543-616, 1986.
[40] Cass Sunstein, «Beyond the Republican Revival», *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1539; y, «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review*, vol. 38, 1986, p. 29.
[41] Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988.
[42] Curiosamente, el republicanismo no ha sido explotado por los conservadores constitucionales, pese a su supuesta preocupación por la «intención de los Artífices». Indudablemente, esta deficiencia se remediará con el tiempo.
[43] Louis Hartz, *The Liberal Tradition in America: An Interpretation of American Political Thought since the Revolution*, Nueva York, Harcourt Brace & Company, 1955.
[44] J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975 [ed. cast.: *El momento maquiavélico*, Madrid, Tecnos, 2008].

antítesis «republicanas». En vez de inclinarme por uno de los bandos del debate, propongo utilizarlos a ambos en una gran síntesis que nos permita vislumbrar las raíces del constitucionalismo dualista en los patrones más profundos de la historia política estadounidense.

El liberalismo de Hartz. Comparto con Louis Hartz un pertinaz escepticismo acerca del poder de los modelos europeos para ilustrar la política estadounidense sin una reorganización conceptual profunda. El modelo particular que interesaba a Hartz era el familiar punto de vista marxista que condenaba a todas las sociedades modernas a una marcha obligatoria en tres etapas hacia la utopía: primero el feudalismo, después el capitalismo y finalmente (y solo entonces) el socialismo. Para Hartz, este modelo no era realizable por una razón básica: los estadounidenses nunca habían vivido una experiencia histórica parecida al feudalismo europeo. Y a falta de la primera etapa del camino, Estados Unidos carecía de los ingredientes sociales necesarios para desencadenar el movimiento posterior desde la segunda etapa (capitalista) hasta la tercera (socialista). Estados Unidos era un ejemplo de desarrollo interrumpido, permanentemente congelado en la segunda etapa del proceso. Era una tierra atrapada en el férreo grillete del «consenso lockeano» que trivializaba la política y glorificaba los derechos naturales de los individuos aislados a la vida, la libertad y la búsqueda de la propiedad (¿o era tal vez la felicidad?). Dado que los estadounidenses nunca se habían visto obligados a utilizar el poder del Estado para librarse del feudalismo, habían «nacido iguales» y podían permitirse el lujo de mirar al Estado como una absoluta amenaza a la libertad natural. Por mucho que los europeos digan lo contrario, el gobierno que gobierna mejor es aquel que gobierna menos.

Si bien hay algo de verdad en el análisis de Hartz, también sirve de advertencia para aquellos, como yo mismo, que vemos algo distintivo en la experiencia política estadounidense Aunque Hartz estaba obsesionado con las insuficiencias de un marxismo eurocéntrico, su crítica aceptaba implícitamente mucho más de esta teoría de lo que él percibía. Este es, al menos, el diagnóstico que hago yo del gran *non sequitur* que yace en el corazón de la teoría de Hartz. Estoy de acuerdo con Hartz en que los revolucionarios estadounidenses no libraban una lucha a muerte con el feudalismo (con independencia de lo que este término signifique aplicado al siglo XVIII y no al XIII)[45]. Pero de ello no se infiere que los estadounidenses no tuviesen nada importante por lo que luchar políticamente. Es fácil ver por qué un marxista anticuado[46] podría llegar a esta errónea conclusión. Dado que, por hipótesis, dicho marxista cree que el único uso «realmente importante» del poder del

[45] Una buena crítica contemporánea del familiar relato marxista sobre la Revolución Francesa es el libro de J. F. Bosher, *The French Revolution*, Nueva York, W. W. Norton, 1988.

[46] «Anticuado» porque, desde Lenin, muchos marxistas han tratado de saltar del feudalismo al socialismo, y muchos más han tratado de librarse del economicismo determinista que representaba el marxismo clásico, especialmente en la interpretación de Engels.

Estado es el de servir de mecanismo revolucionario en la larga marcha desde el feudalismo al capitalismo y al socialismo, el hecho de que los estadounidenses no tuviesen la «necesidad» de hacer una revolución para avanzar hasta la fase capitalista significa que la Revolución Americana no pudo ser «realmente importante». Pero si hay algo más en la vida política que la lucha sobre el ritmo de una secuencia compulsiva de tres fases, el mero hecho[47] de que los estadounidenses se hayan librado del feudalismo del Viejo Mundo no implica en absoluto que pudieran por ello relajarse y adoptar un punto de vista lockeano negando el papel creativo del Estado en la vida social. Adoptando este *non sequitur*, Hartz quedaba sometido a un aspecto de la teoría marxista que quería rechazar.

Para dar un tono más afirmativo a mi crítica, diré que el error de Hartz residía en su interpretación del axioma de Tocqueville según el cual los estadounidenses habían «nacido iguales»[48]. No tengo problemas en hacer mío este lema en la medida en que subraya los ricos recursos culturales, materiales y geopolíticos que permitieron a los estadounidenses construir un régimen que, con el tiempo, ha protegido las libertades de una porción cada vez mayor de su población. Sin embargo, si lo que Hartz quería decir es que esta «igualdad» podía mantenerse sin una lucha política sobre su significado y sobre su alcance, o que los estadounidenses creían que podían «prescindir» de una política seria que exigía grandes actos de creatividad, estaba simplemente equivocado. En vez de suponer que los estadounidenses habían «nacido iguales», los Federalistas Fundadores creían que el Nuevo Mundo acabaría balcanizado en un montón de insignificantes tiranías. E instaron a sus compatriotas estadounidenses a unirse a una acción sin precedentes de construcción constitucional y a ignorar las advertencias de sus oponentes de que la nueva Unión solo llevaría a un resurgimiento de la monarquía. En vez de suponer que los estadounidenses habían «nacido iguales», los Republicanos de la Reconstrucción eran dolorosamente conscientes de la vergüenza de la esclavitud. E instaron a sus conciudadanos a utilizar el poder nacional para garantizar la libertad de todos los estadounidenses y a ignorar las advertencias de sus oponentes de que la Reconstrucción solo llevaría a un despotismo militar. En vez de suponer que los estadounidenses habían «nacido iguales», los demócratas del *New Deal* estaban convencidos de que las condiciones económicas modernas habían transformado los «derechos naturales» de propiedad y contrato en símbolos de opresión de masas. E instaron a sus conciudadanos a autorizar al gobierno nacional a regular el mercado libre para el bienestar general y a ignorar las advertencias de sus oponentes de que el *New Deal* solo llevaría a una dictadura totalitaria. Es

---

[47] Porque es un hecho. Al fin y al cabo, en el sistema de las plantaciones sureñas hay tanto aspectos feudales como capitalistas. Pero no hace falta ser quisquilloso con las aseveraciones de Hartz para dejar claro lo que es realmente importante en su argumentación.
[48] L. Hartz, *The Liberal Tradition in America*, cit., pp. 5, 66.

solo gracias a estas y a otras muchas luchas políticas que los estadounidenses disfrutan hoy de la libertad que tienen y hay motivos para creer que la naturaleza y el alcance de la igualdad estadounidense estarán abiertos a un debate y a una redefinición similares en el futuro.

Los estadounidenses no hemos «nacido iguales» en virtud de un milagroso acto de inmaculada concepción. En la medida en que hemos conseguido la igualdad, la hemos obtenido gracias a un debate enérgico, a la decisión popular y a la creatividad constitucional. Si el pueblo estadounidense pierde su notable capacidad política, será solo cuestión de tiempo que malogre también la igualdad que ahora posee, y otras muchas cosas además.

El republicanismo de Pocock. Lo que me lleva a John Pocock. Durante la última generación, su obra ha llevado a una apreciación más profunda de la dimensión republicana de la experiencia estadounidense que Hartz trivializaba. Pocock se negó a permitir que la lucha del individualista liberal contra el feudalismo dominase su comprensión de la difícil situación moderna. Reduciendo la importancia de Locke, situó la Fundación en un contexto intelectual diferente, un contexto que en última instancia bebía en las fuentes de la polis griega clásica. En el marco de esta tradición republicana clásica, el desafío fundamental de la existencia humana no es el de perderse en la búsqueda lockeana de la vida, la libertad y la propiedad, sino el de unirse a sus conciudadanos en el continuo proyecto del autogobierno político. El magistral estudio de Pocock, *The Maquiavellian Moment*, rastrea la forma en que este ideal clásico revivió y se transformó durante el Renacimiento italiano, antes de ser recogido por los *commonwealthmen* ingleses [los protestantes británicos reformistas y republicanos] durante la Revolución Inglesa del siglo XVII. Derrotados por la Restauración de 1660, los *commonwealthmen* radicales obtuvieron una tardía victoria sobre la Corona durante la Revolución Americana, proporcionando de este modo las categorías fundamentales para que la generación de revolucionarios hiciera el diagnóstico de la corrupción de la monarquía y propusiera el remedio republicano. Situados en este contexto intelectual, los Federalistas Fundadores parecen algo más que un puñado de ingenieros sociales lockeanos ponderando las implicaciones de la igualdad «natural» de la que milagrosamente gozaban los estadounidenses. Pocock nos invita a verlos como unos hombres dispuestos a confrontar conscientemente el ideal clásico del autogobierno republicano y a tratar de redefinir su lugar en el mundo moderno[49].

Pretendo tomarme esta invitación en serio y creo que nos llevará a descubrir en la Constitución estadounidense un caudal de teoría y práctica dualista que representa una contribución a la duradera búsqueda de autogobierno de la humanidad. Pero antes de seguir adelante, es mejor explicar

[49] J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, cit., cap. 15.

por qué la obra de Pocock no ha sido generalmente leída como una invitación a investigar de un modo sostenido el esfuerzo estadounidense por reconfigurar la tradición republicana.

El problema es que resulta completamente imposible negar el argumento básico de Hartz acerca de la importancia del liberalismo, especialmente durante la evolución del país en los siglos XIX y XX. En el ámbito historiográfico, esta concesión a Hartz toma la forma de una especie de deprimente juego de la datación, en el que el debate se centra en averiguar en qué preciso momento el ideal republicano (neo)clásico fue conquistado por las fuerzas cada vez más agresivas del liberalismo: ¿fueron tal vez los propios Padres Fundadores los que mataron el espíritu republicano con su nueva Constitución? ¿Acaso el espíritu avanzó tambaleante en una serie de desviaciones durante los siglos XIX y XX?[50]. Si bien podemos discutir qué es lo que permanece en penumbra sobre la precisa ubicación o ubicaciones del *corpus delicti*, una cosa parece bastante clara: el fantasma del republicanismo hace tiempo que ha abandonado el centro de la vida estadounidense en el que el liberalismo es hoy hegemónico.

Este diagnóstico histórico nos lleva en una de estas dos direcciones cuando se vuelve conscientemente normativo. Algunos autores se desesperan ante la mera idea de hacer renacer el republicanismo y lo usan simplemente como plataforma para proclamar su distanciamiento del «liberalismo» dominante[51];

---

[50] Suzanna Sherry escribe una maravillosa nota a pie de página que resume fielmente la perplejidad histórica actual respecto a la fecha del fallecimiento del republicanismo en Estados Unidos:

> Véase, por ejemplo, G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, 1969, p. 606: 1787 y la adopción de la constitución representaron «el fin de la política clásica»; L. Banning, *The Jeffersonian Persuasion: Evolution of a Party Ideology*, 1978: el liberalismo no triunfó hasta después del final de la guerra de 1812; R. Ketcham, *Presidents Above Party: The First American Presidency, 1789-1829*, 1984: la política clásica terminó con el ascenso de la democracia jacksoniana; D. Howe, *The Political Culture of the American Whigs*, 1979, pp. 301-305: los valores republicanos o *whig* duraron hasta el final de la Guerra Civil; D. Ross, «The Liberal Tradition Revisited and the Republican Tradition Addressed», en J. Higham & P. Conkin (eds.), *New Directions in American Intellectual History*, 1979, pp. 116, 122-129: el republicanismo perduró durante la década de 1880; J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, cit., pp. 526-545: la influencia clásica y la conciencia del «momento maquiavélico» continúan hasta el presente; cf. M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, 1977, p. 253: «La ley, en su momento concebida como la expresión principal del sentido moral de una comunidad, llegó a ser considerada (hacia 1850) como facilitadora de los deseos individuales […]».

S. Sherry, «Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication», cit., p. 551, n. 23.

[51] Este parece ser el punto de vista de Pocock. Véase, por ejemplo, su mal disimulada indignación por la crítica marxista que le toma por un «neoliberal» o incluso por un estadounidense. J. G. A. Pocock, «Between Gog and Magog: The Republican Thesis and the *Ideologia Americana*», *Journal of Historical Ideas*, vol. 48, núm. 2, 1987, p. 325. En el campo del derecho, este enfoque es el adoptado en general por M. Tushnet en Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, cit. Véase también la perspicaz reseña crítica de Richard Fallon, «What Is Republicanism, and Is It Worth Reviving?», *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, pp. 1695, 1703-1715.

otros tratan de usar el republicanismo como un instrumento para ir más allá del liberalismo[52].

El republicanismo liberal. Desecho ambas. Mi intención es cuestionar la dicotomía entre liberalismo y republicanismo, Hartz y Pocock, que hace que parezca necesario elegir[53]. Esto requerirá, entre otras cosas, una definición clara de los términos relevantes. No será posible realizar ninguna síntesis mientras permitamos que dos corrientes de pensamiento tan diferentes se disfracen con la etiqueta del liberalismo. La primera, mejor llamada libertarismo, ha experimentado recientemente un resurgimiento, al menos entre los filósofos, gracias a la obra de Robert Nozick y de David Gauthier[54]. Dichos autores expresan puntos de vista cercanos a lo que algunos republicanos caricaturizan con el nombre de liberalismo. Nozick y Gauthier exceden a Locke razonando desde un «estado de naturaleza» habitado por unos individuos aislados que reclaman su derecho natural a la propiedad y al contrato y que rechazan la autoridad del Estado para perturbar el goce de los frutos duramente conseguidos de su individualismo posesivo. Efectivamente, si estos puntos de vista libertarios agotaran la tradición liberal, estaría de acuerdo en que mi intento de trascender la dicotomía Hartz/Pocock es una insensatez y que el ascenso del «libertarismo» en Estados Unidos durante los siglos XIX y XX significa la muerte del republicanismo.

No debemos permitir, sin embargo, que el uso polémico de estas etiquetas liberales desvíe nuestra atención de una segunda corriente de pensamiento liberal. Este tipo de liberalismo no considera a las personas como individuos abstractos divorciados de sus contextos sociales, ni acepta la noción de «derechos naturales» a la propiedad y al contrato, ni trata a la política como algo despreciable para todos excepto para los granujas y los truhanes[55]. Insiste en que el fundamento de la libertad personal es un determinado tipo de vida política, que requiere los esfuerzos permanentes de una clase especial de ciudadanía. En vez

---

[52] Véase, por ejemplo, S. Sherry, «Civic Virtue and the Feminine Voice in Constitutional Adjudication», cit.

[53] El liberalismo y el republicanismo son tratados como dicotomías por S. Sherry, *ibid*., pp. 544-547; M. Tushnet, Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law, cit.; y M. J. Horwitz, «Republicanism and Liberalism in American Constitutional Thought», *William & Mary Law Review*, vol. 29, núm. 1, 1987, pp. 57, 66-67. Puede leerse una crítica de este tratamiento dicotómico en Richard Fallon, «What Is Republicanism, and Is It Worth Reviving», *Harvard Law Review*, vol. 102, 1989, pp. 1695, 1704-1713, y Larry Simon, «The New Republicanism: Generosity of Spirit in Search of Something to Say», *William & Mary Law Review*, vol. 29, núm. 1, 1987, pp. 83, 86-90.

[54] David Gauthier, *Morality by Agreemen*t, Oxford, Oxford University Press, 1986; R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, cit.

[55] O para los «captadores de rentas», como se les llama en la jerga tecnocrática actualmente de moda en los círculos académicos libertarios.

de cimentar la libertad personal en un «estado de naturaleza» putativamente prepolítico, este tipo de liberalismo hace del cultivo de la *ciudadanía liberal* un aspecto central de su empresa. Dado que este es el punto de vista de pensadores como John Stuart Mill, John Dewey y John Rawls[56], resulta extraño definir el liberalismo de una forma que hace que la mera posibilidad del republicanismo liberal parezca una contradicción en los términos.

Me siento profundamente alentado, por lo tanto, por la evidencia de que son cada vez más los que no se sienten satisfechos con la aguda dicotomía entre liberalismo y republicanismo, convertida en una banalidad de moda entre los estudiosos de la Constitución[57]. Como espero mostrar en la segunda parte de este libro, los orígenes del republicanismo liberal se remontan a la propia Fundación. Buscaremos en vano en *The Federalist* una descripción detallada de un «estado de naturaleza» o un penetrante análisis de nuestros «derechos naturales», lockeanos o de otro tipo. Estas cuestiones simplemente no consiguieron ganar la atención sostenida de Madison, Hamilton y Jay cuando trataban de convencer a sus compatriotas de que respaldasen la Constitución que proponían. Lo que tiene un mayor peso en *The Federalist* es un profundo diagnóstico de las perspectivas y las patologías de la ciudadanía en el mundo moderno.

Esto no es así porque los Padres Fundadores pensasen que la ciudadanía era todo y los derechos individuales no eran nada, sino porque creían que el destino de la libertad individual en Estados Unidos, y muchas más cosas, dependían de una valoración realista de lo que podía o no esperarse de los ciudadanos estadounidenses. La idea liberal de ciudadanía no es solo central en mi interpretación de la Fundación[58]; también será fundamental para mi punto de vista sobre el curso subsiguiente de la historia estadounidense. El patrón básico de desarrollo constitucional presentado aquí cuestiona tanto el paradigma de Hartz como el de Pocock. Frente a Hartz, niego que Estados Unidos haya estado viviendo en una especie de bucle temporal lockeano carente de toda política seria o de toda transformación ideológica importante. La historia estadounidense no puede entenderse sin tener en cuenta las reformas revolucionarias que

---

[56] Véase, por ejemplo, John Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, Londres, Parker, Son, and Bourn, 1861, cap. 3; John Dewey, *Liberalism and Social Action*, Nueva York, G. P. Putnam's Sons, 1935; John Rawls, «Justice as Fairness: Political Not Metaphysical», *Journal of Philosophy & Public Affairs*, vol. 14, 1985, p. 223. Mi propia obra bebe de esta tradición; véase *Social Justice in the* Liberal State, 1980 y «Why Dialogue?», *Journal of Philosophy*, vol. 86, 1989, p. 5.

[57] Este tema está explícito en el reciente artículo de C. Sunstein «Beyond the Republican Revival», *Yale Journal of Law*, vol. 90, pp. 1566-1571, e implícito en las exploraciones recientes de Michelman.

[58] Véase la Segunda Parte.

han revisado una y otra vez la identidad constitucional de la nación. Contra Pocock, niego que este desarrollo multisecular pueda describirse como un declive desde el republicanismo del siglo XVIII al liberalismo del siglo XX[59]. La historia estadounidense sigue un patrón cíclico que aprenderemos a identificar como un producto característico de una ciudadanía liberal. Una parte del ciclo viene caracterizada por la política normal y durante la misma la mayoría de ciudadanos desconecta la mirada de lo que sucede en Washington para centrarse en asuntos más personales. Aunque esta relativa pasividad topa con la previsible desaprobación de los activistas políticos que esperan transformar el *statu quo*, estos comprueban que sus llamamientos al Pueblo en pro de una política transformadora son regularmente rechazados en las urnas a favor de la política «convencional». Luego, por un abigarrado conjunto de razones, algunos de los llamamientos transformadores comienzan a captar la atención de una audiencia mayor. A menudo se necesita una generación o más de trabajo preparatorio para lograr que una crítica constitucional obtenga el apoyo movilizado de un número suficiente de ciudadanos que la sitúe en el centro de la escena política. Pero ni siquiera entonces tiene el éxito garantizado. Largos años de movilización pueden servir solamente para poner de manifiesto que una mayoría de ciudadanos estadounidenses rechaza una revisión fundamental del *statu quo*.

Ha habido momentos, sin embargo, en que los movimientos políticos han generado un consenso popular movilizado ante nuevas soluciones constitucionales. El objetivo del siguiente capítulo es examinar la historia constitucional que los profesionales del derecho cuentan acerca de estos éxitos recurrentes durante los dos últimos siglos. Lo importante aquí es ver cómo el ciclo reiterado de política normal-política constitucional-política normal nos invita a repensar los paradigmas en competencia en la historia estadounidense. ¿No nos habremos precipitado quizá al anunciar la desintegración de la tradición republicana cívica en Estados Unidos? ¿Acaso el ciclo característico del desarrollo constitucional estadounidense ha pervivido hasta hoy? ¿No será que los ciudadanos liberales no han abandonado aún su implicación

---

[59] Es posible que sea injusto con Pocock en este punto, ya que ha estado más atento que la mayoría a la supervivencia de formas e ideales republicanos en el siglo XX. De todos modos, es obvio que él mismo se cuenta «entre aquellos intelectuales [cuyo] talante es y ha sido tocquevilleano; aceptan la primacía del liberalismo pero proceden inmediatamente a girar esta tesis contra sí misma, preguntándose de manera apremiante si una sociedad que es liberal et praetera nihil puede dar cumplimiento a las demandas más profundas del espíritu humano (u occidental)». J. G. A. Pocock, «Between Gog and Magog: The Republican Thesis and the *Ideologia Americana*», cit., p. 325. Más que invitarnos a hacer una síntesis de liberalismo y republicanismo en una especie de comprensión holística de la identidad política estadounidense (como, *pace* Pocock, hizo Tocqueville), Pocock sigue insistiendo en que «la tesis republicana no es parte de un liberalismo hipostasiado, sino que ha sido tratada como un ataque al mismo», *ibid*.

intermitente en la política estadounidense, que en ocasiones ha producido logros constitucionales tan enormes?

Y esto no significa negar que el espíritu de la democracia dualista *morirá* si la actual generación de ciudadanos estadounidenses no sabe descubrir en su Constitución un lenguaje vivo para el autogobierno.

Conclusión

En conclusión, déjenme subrayar que esto es solo una introducción. No he tratado de responder, ni siquiera de formular, todas las preguntas importantes (ya sean filosóficas o históricas) suscitadas por mi afirmación de que *Estados Unidos es una democracia dualista*. Simplemente he tratado de establecer esta hipótesis como digna de consideración y de ser investigada con rigor.

Mi estrategia ha sido destacar los aspectos distintivos del dualismo contrastándolos con una serie de concepciones políticas rivales. Cada una de estas es un serio competidor en al menos tres sentidos. Primero, personas razonables pueden llegar a la conclusión de que alguno de estos rivales ofrece un ideal político más atractivo que el dualismo. Segundo, si consideramos las constituciones de otros países, estos rivales pueden aportar ideas interpretativas superiores a las generadas por el ideal dualista. Una vez cruzado el Atlántico, tanto el demócrata monista como el historicista burkeano pueden contribuir más claramente a definir el genio de la constitución inglesa; si nos vamos a la República Federal de Alemania, el fundacionalista puede ser un guía más fiable para entender una constitución que sitúa los derechos fundamentales absolutamente más allá de la política democrática; y así sucesivamente. Tercero, cada uno de estos rivales ilumina aspectos importantes de la Constitución estadounidense. El monista tiene derecho a insistir en que su gobierno se basa, primero y sobre todo, en principios democráticos; el fundacionalista tiene derecho a subrayar su protección de los derechos fundamentales frente al cambio político normal; el burkeano tiene derecho a señalar el carácter profundamente histórico de nuestra tradición constitucional; y los partidarios de Hartz y Pocock tienen razón en considerar que Estados Unidos se distingue por su adopción de un tipo especial de liberalismo y de republicanismo.

Pero solo el dualismo incorpora todas estas ideas en un todo mayor, un todo que invita a una reflexión en profundidad sobre los puntos fuertes y los puntos débiles propios de la Constitución estadounidense tal como ha llegado hasta nosotros tras dos siglos de debates y decisiones. De ahí mi lamento inicial contra la europeización del pensamiento constitucional estadounidense. Aunque el desarrollo de nuestra práctica constitucional se

ha visto enriquecido por todas las influencias examinadas en este capítulo (y por muchas más), el truco consiste en ver cómo los estadounidenses han conseguido combinarlas en un todo que es más que la suma de sus partes. Para hacer esto de un modo sensato, hemos de mirar hacia adentro, no hacia afuera, y hemos de proseguir el esfuerzo de generaciones de ciudadanos y estadistas estadounidenses para forjar un lenguaje constitucional dualista adecuado a las crisis en curso del autogobierno democrático en la vida de una república liberal.

2
EL MITO DEL BICENTENARIO

De la Filosofía a la Historia

En el primer capítulo he presentado la idea dualista de la democracia que motiva nuestras disposiciones constitucionales. Pero la Constitución es más que una idea. Es una práctica histórica en evolución constituida por generaciones de estadounidenses que se han movilizado, que han discutido y que han resuelto sus continuas diferencias acerca de la identidad y el destino de la nación. Al abordar hoy esta misma tarea, no contemplamos esta historia meramente como un obstáculo que se yergue ante un futuro mejor. Nuestro discurso público trata constantemente los grandes logros constitucionales del pasado como si contuviesen pistas muy valiosas para descifrar el significado del presente político.

Esta costumbre estadounidense no es en absoluto un rasgo universal de la sociedad política. El discurso público en la Rusia actual no contempla el siglo XIX de la misma forma respetuosa con que nosotros recordamos las enmiendas de la Guerra Civil; tampoco los alemanes de hoy se permiten recordar la década de 1930 de un modo tan positivo como lo hacen los estadounidenses cuando describen la respuesta del *New Deal* a los retos planteados por la Gran Depresión. Para muchos europeos, los dos últimos siglos están llenos de rupturas dramáticas y de falsos comienzos. Si bien hemos tenido nuestra dosis de amargos conflictos y de transformaciones profundas, los estadounidenses modernos podemos hacer un relato histórico que afirma la profunda continuidad de dos siglos de práctica constitucional, narrativas que imbrican perfectamente los acontecimientos actuales en una red de referencias constitucionales que se remonta a hace más de doscientos años, a la Fundación. Mientras que los franceses han tenido cinco repúblicas desde 1789, nosotros solo hemos vivido en una.

O esto es lo que nos decimos de un sinfín de maneras cada día. Pero, ¿nos creemos realmente el mito del Bicentenario? ¿Tenemos realmente mucho en común con la generación que redactó las enmiendas de la Guerra Civil? ¿Y qué hay del «milagro» de Filadelfia? Cuando Madison y

los demás redactaron la Constitución en nombre del Pueblo, hablaban por un millón de varones blancos propietarios de plantaciones y mercaderes, de agricultores y de artesanos que solo empezaban a afirmar la independencia de la Costa Este. ¿Qué pueden realmente decirnos hoy en día estas personas acerca de los retos de la vida política en el sistema económico y militarmente más poderoso del mundo? Si hemos de registrar el pasado en busca de ideas ¿no sería mejor estudiar la República romana tardía que la República estadounidense temprana? De hecho, paradoja cruel ¿por qué no estudiar el desarrollo constitucional del primer gran enemigo de los estadounidenses, la Gran Bretaña imperial?

Al menos desde que Woodrow Wilson publicó su gran libro *Congressional Goverment* hace más de un siglo, algunas de estas cuestiones insertas en la modernidad han estado en el orden del día del pensamiento constitucional. Los modernos no niegan la existencia de formas institucionales heredadas del pasado profundo: el Congreso, la Presidencia, el Tribunal Supremo, la Constitución escrita permanentemente expuesta en Washington, DC. Para ellos, esta panoplia representa meramente nuestra Constitución ceremonial. Si hemos de hacer justicia a las realidades estadounidenses, hemos de tener en cuenta que el poder efectivo está organizado según diferentes líneas, es decir, que tiene una genealogía muy diferente de la que se expone en nuestra Constitución escrita[1]. En vez de tomarse en serio el mito del Bicentenario, las personas intelectualmente serias deberían describir primero el gobierno radicalmente diferente que los estadounidenses se han dado a sí mismos y tratar luego de adaptar la Constitución ceremonial para promover una forma de comunidad política mejor que la que contempla el mito del Bicentenario.

Este impulso moderno ha llevado a la teoría constitucional estadounidense cada vez más lejos en su búsqueda de ilustración. Woodrow Wilson originó la línea más duradera de pensamiento moderno cuando abordó la Constitución como si fuera una versión chapucera de la democracia parlamentaria inglesa y trató de adaptar nuestra anticuada maquinaria para adecuarla al ideal monista de la moderna democracia inglesa. El intento de Wilson de reemplazar el dualismo estadounidense por el monismo británico solo ha conseguido provocar un montón de esfuerzos rivales. Otros muchos han dirigido la mirada a Inglaterra pero han encontrado el espíritu de la Constitución estadounidense más en el pensamiento de Locke o de Harrington, de Hume o de Burke, que en la cambiante práctica de Westminster.

---

[1] La distinción entre constituciones ceremoniales y efectivas se debe a Walter Bagehot, *The English Constitution*, Londres, Chapman and Hall, 1872, 2ª ed., pp. 1-2, que la transmite a W. Wilson, *Congressional Government*, cit., p. 7, que a su vez la transmite a un sinfín de modernos.

En competencia con los anglófilos, han aparecido los germanófilos, bajo la influencia de diferentes autores alemanes creciendo o menguando con el tiempo. Antes de la Segunda Guerra Mundial, Marx tuvo una omnipresencia inquietante; desde entonces, Kant se ha convertido en un guía cada vez más influyente en los misterios de las disposiciones constitucionales estadounidenses. Como sugería en el capítulo 1, estas diferentes fuentes de inspiración implican diferentes diagnosis del dilema constitucional estadounidense, pero todas ellas empiezan en el mismo lugar: tratan el mito del Bicentenario como una mistificación, niegan que la clave para entender la Constitución sea reflexionar lo más profundamente posible sobre los logros de los Fundadores y sobre lo que los estadounidenses han hecho con ellos durante los dos últimos siglos[2].

Pero ¿han de ser necesariamente mistificaciones todos los mitos? El *mythos* griego apunta en otra dirección: la narrativa que nos hacemos de las raíces de nuestra Constitución es un acto profundamente significativo de autodefinición colectiva; su continua readaptación desempeña un papel fundamental en la construcción en curso de nuestra identidad nacional. Aunque esto es cierto para todas las naciones maduras, lo es especialmente para los estadounidenses. La historia muestra que es posible que franceses o polacos, alemanes o judíos, sobrevivan como pueblos durante siglos, incluso durante milenios, pese a que se produzcan constantemente cambios en sus modelos de organización política. Las narrativas definitorias que estas comunidades nacionales se cuentan a sí mismas tienen más que ver con profundas continuidades en el ámbito de su cultura o de su religión que con el derecho constitucional. En nuestro caso la cosa es diferente. Si, como en el caso de la Alemania de posguerra, Estados Unidos se fracturase en varios pedazos, cada uno de ellos con sus propios marcos constitucionales ¿cuánto tiempo pasaría antes de que los ciudadanos de Nueva Inglaterra se sintiesen más cerca de los canadienses del Norte que de sus antiguos compatriotas del Sudoeste? ¿Tres generaciones? ¿Cuatro? ¿Cinco?

En parte debido a que los estadounidenses somos tan radicalmente diferentes en otros sentidos, es nuestra narrativa constitucional la que nos constituye como pueblo. Si ustedes y yo no tratásemos de descubrir un significado en nuestra historia constitucional, produciríamos una escisión entre nosotros que no podría fácilmente colmarse ni con los programas de entrevistas de la televisión ni con Melville, Twain o Faulkner. Descubrir la Constitución es descubrir una parte importante de uno mismo, en la

[2] No es que los comentaristas modernos desdeñen el uso de citas selectivas de *The Federalist* y de otras fuentes canónicas. Simplemente no utilizan estas fuentes para elaborar las ideas políticas características que contienen. En vez de ello, presentan a los Padres Fundadores como ingenieros sociales carentes de originalidad, creadores de una ratonera mejor a partir de unos planos preparados en otra parte.

medida en que uno se reconozca como un estadounidense. El relato que intercambiemos ustedes y yo sobre la naturaleza y la historia de nuestro pasado constitucional determinará, a su vez, los sentidos que estaremos preparados a otorgar al presente y al futuro de nuestro país.

De ahí el presente ejercicio. En vez de mirar *a través* del mito del Bicentenario en busca de una realidad más profunda manufacturada en Inglaterra o en el continente europeo, yo me propongo situar *en él* la mirada ¿De qué forma exactamente construyen los estadounidenses el relato que vincula su presente constitucional a los dos últimos siglos? Hay muchas narrativas posibles ¿Cuál es la que nos contamos unos a otros? ¿Hay alguna que tenga una posición privilegiada? ¿Hemos de elaborar relatos diferentes, relatos que contengan un sentido más profundo de los logros constitucionales del pueblo estadounidense? ¿Qué relación tiene –qué relación *debería tener*– la narrativa que contamos de nuestro pasado con los principios de la democracia dualista que organiza nuestro actual sistema constitucional?

El pasado profundo

Estas cuestiones pueden parecer inmanejablemente ambiciosas. Cada día, millones de estadounidenses se cuentan unos a otros un sinfín de relatos que, de un modo u otro, utilizan el pasado constitucional para enmarcar sus delicadas situaciones presentes en una perspectiva con sentido. Estos ejercicios de memoria colectiva son increíblemente diversos en su sustancia y estilo, en su profundidad y claridad. La idea misma de que tengan mucho en común parece dudosa. Pero si nos preguntamos simplemente por su construcción narrativa, probablemente se hará evidente un cierto orden.

Empecemos por constatar que los estadounidenses modernos no dan por supuesto que cada año de nuestro pasado haya contribuido del mismo modo a la Constitución de hoy. La importancia de 1787 se recuerda cada vez que alguien se refiere a alguna de las instituciones (Congreso, Presidencia, Tribunal Supremo) creadas en la Fundación. Muy pocos estadounidenses sienten la necesidad de recordar qué sucedió en 1887, aunque esta fecha está un siglo más cerca de nosotros en el tiempo. Mucha gente se refiere constantemente a las enmiendas de la Reconstrucción y nadie habla, en cambio, del alcance constitucional de la guerra hispano-estadounidense; y así sucesivamente.

De forma más general, los relatos constitucionales que los estadounidenses se cuentan a sí mismos tienen una estructura dual. En primer lugar, hay muchas referencias a acontecimientos actuales, asuntos que han sido decididos fundamentalmente en los tribunales durante la última generación: *Brown contra la Junta Escolar de Kansas, Miranda contra Arizona, Roe*

contra Wade, el caso de las grabaciones de Nixon, el nombramiento del juez Bork. En segundo lugar, hay un patrón mucho más selectivo en las referencias a un pasado más lejano, un pasado anterior al momento en el que los estadounidenses vivos empezaron a transitar por el escenario político. Dada la realidad de la finitud, la línea que separa la experiencia vivida del pasado profundo se desplaza con el tiempo. En el momento de escribir estas palabras, en 1988, la oscuridad empieza a instalarse sobre el periodo de entreguerras. Si bien hay todavía muchas personas políticamente activas que eran adultos jóvenes durante la guerra contra Hitler, las que eran políticamente conscientes durante la Gran Depresión están abandonando la escena. El significado constitucional del *New Deal*, como el de la Guerra Civil o el de la propia Fundación de la República, se verá pronto determinado exclusivamente por estadounidenses cuyo primer contacto con los hechos habrá sido indirecto: en conversaciones recordadas a medias con sus mayores, en las clases de educación cívica del instituto, en libros de derecho, historia y ciencia política.

Aquí centraremos la atención en este pasado profundo, los primeros ciento cincuenta años transcurridos desde 1787 a 1937. Aunque este pasado tiene muchos intérpretes –desde historiadores profesionales a actores de televisión– creo que la narrativa constitucional elaborada por jueces y juristas merece ocupar el primer plano. Esta narrativa profesional tiene un impacto muy directo en las vidas ordinarias de todos nosotros. Día sí y día también, los jueces examinan y controlan a nuestros funcionarios más poderosos examinando cuidadosamente el pasado profundo: hablan como si fuera obvio que las decisiones tomadas hace uno o dos siglos en nombre del Pueblo fuesen más importantes que el ejercicio del poder por las más poderosas autoridades electas de la actualidad. Con independencia de lo que pensemos finalmente a este respecto, la forma en que los jueces construyen nuestra relación como estadounidenses con el pasado profundo no es algo que podamos tomarnos a la ligera: aquello que los jueces se permiten ver determina, a veces de un modo espectacular, lo que todos nosotros podemos hacer aquí y ahora.

Esta narrativa profesional no tiene una estructura fija e inmutable. Una y otra vez ha tenido que responder a la crítica popular y académica. Confío en que este libro tenga un papel en otro de estos cambios. De todos modos, dada su profunda y duradera trascendencia para todos los ciudadanos, no parece que sea muy polémico otorgar a su estudio un lugar central en nuestra vida cívica. Lo que sí resulta más controvertido, por supuesto, es que encontremos muchas cosas que valga la pena saber si nos proponemos dar con esa entidad ilusoria que es *la* narrativa profesional. Muchas personas reflexivas sospechan que los relatos que cuentan los modernos juristas constitucionales son infinitamente maleables y que es preferible tratarlas

como transparentes coberturas de unas convicciones políticas más apremiantes. Para los escépticos, *la* narrativa profesional no existe, solo relatos que liberales o conservadores, reaccionarios o radicales, se cuentan unos a otros cuando llevan puesta la toga negra. Y si hay algo que distinga a todos los relatos legales solo puede describirse con unas generalidades tan vagas que no tienen incidencia práctica alguna.

No estoy de acuerdo. Yo creo que el derecho estadounidense en general y el derecho constitucional en particular son una parte relativamente autónoma de nuestra cultura. Es *relativamente* autónoma en la medida en que lo que cuenta como argumento legal plausible sí cambia; y cambia profundamente con el tiempo. Pero es relativamente *autónoma* en la medida en que, en cualquier momento, incluso los más poderosos de nuestros abogados y jueces están profundamente constreñidos por las pautas de discusión construidas por la comunidad legal en dos siglos de debates, más profundamente de lo que los propios jueces admiten, por cuanto no cuestionan conscientemente muchos de los elementos nucleares de su cultura legal. Simplemente los dan por descontados mientras siguen dictando sentencias. Y sin embargo, estas construcciones culturales no tienen nada de inocuas; el desafío es convertir sus presuposiciones en objetos de reflexión consciente. Solo entonces empezaremos a darnos cuenta de hasta qué punto han condicionado el desarrollo de la Constitución moderna y a considerar si hemos de permitirles bloquear nuestra visión constitucional.

En esto consiste al menos mi proyecto aquí. La narrativa mínima que vamos a examinar la comparten todos los participantes en el debate legal, el juez Scalia no menos que el juez Brennan, Ronald Dworkin no menos que Raoul Berger, Robert Bork no menos que William Kunstler. Es un error considerar la narrativa como si hubiera sido conscientemente elegida por un juez o abogado en concreto después de confrontar seriamente otras alternativas. El guión simplemente se presenta como una parte incuestionable de la sabiduría legal convencional, presupuesta en un sinfín de discusiones legales por todas las partes que participan en el interminable debate constitucional acerca de otras cuestiones aparentemente más controvertidas.

Y sin embargo, esta narrativa no puede resistir la confrontación con los hechos de la historia de Estados Unidos.

La forma del pasado constitucional

Cuando los juristas y jueces modernos contemplan el pasado profundo, se cuentan a sí mismos un relato que tiene una estructura característica. Aunque determinados problemas especiales pueden llevarles a apreciar la relevancia de uno u otro aspecto de la historia constitucional estadounidense, hay tres

épocas históricas que destacan por encima de las demás, que tienen un significado persistente: las lecciones que un juez puede sacar de cada una de ellas organizan toda su aproximación a los casos concretos. La primera de estas épocas iusgenerativas[3] es la propia Fundación: la estructuración de la Constitución original y de las primeras enmiendas, la declaración inicial del Tribunal Supremo en la revisión judicial de *Marbury contra Madison*. Una segunda gran época transcurre dos generaciones más tarde, con las sangrientas luchas que culminaron con las enmiendas de la Reconstrucción. Luego hay otra pausa de dos generaciones antes de que se produzca un tercer momento decisivo. Este se centra en la década de 1930 y en la dramática confrontación entre el *New Deal* y el *Old Court* (el antiguo Tribunal Supremo) que termina con el triunfo constitucional del Estado del bienestar intervencionista.

Esta narrativa en tres partes define el significado legal de la modernidad: todos nosotros vivimos en la era moderna que empieza con el «cambio a tiempo» del Tribunal Supremo que tiene lugar en 1937 por el que un Estado intervencionista y regulador es finalmente aceptado como una realidad constitucional incuestionable. Uno de los peores insultos que se puede dirigir a un juez moderno es decirle que está incurriendo de nuevo en el pecado original cometido por el Tribunal Supremo anterior al *New Deal* en casos como *Lochner v. Nueva York*. Naturalmente, diferentes modernos definen de diferentes modos la naturaleza de dicho pecado original. Lo importante no es la rivalidad entre los diagnósticos sino el reconocimiento universal de que el mundo constitucional anterior a la era Roosevelt era profundamente diferente del nuestro.

Por el contrario, los abogados y jueces actuales no experimentan un distanciamiento similar en su trato con la historia más reciente: el Tribunal Supremo del *New Deal* que se rescata a sí mismo de los escombros de la jurisprudencia del *laissez-faire* de finales de la década de 1930 es evidentemente *nuestro* tribunal. Al igual que dicho Tribunal luchó para definir una nueva concepción de los derechos individuales en un floreciente Estado burocrático, también luchan los modernos constitucionalistas. Aunque las primeras confrontaciones del Tribunal del *New Deal* con estas cuestiones difieren de disputas más recientes, seguimos pensando que podemos extraer de estos casos tempranos lecciones muy positivas[4]. En vez de funcionar como precedentes negativos como *Lochner*, estas decisiones tempranas del Tribunal del *New Deal* representan los prolegómenos del mundo moderno.

---

[3] Tomo prestado este término de Robert Cover, «The Supreme Court 1982 Term–Foreword: Nomos and Narrative», *Harvard Law Review*, vol. 97, pp. 4, 11, 1983.

[4] Véase el capítulo 5, pp. 147 - 158

Todo esto, en mi opinión, es compartido por todos los juristas constitucionales competentes, independientemente de sus convicciones políticas o filosóficas más particulares. Creo, además, que la concentración selectiva de la profesión en estos tres momentos históricos decisivos es fundamentalmente sensata. Aunque otros periodos han contribuido mucho a la práctica moderna del gobierno estadounidense, los abogados y jueces tienen derecho a considerar la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal* como momentos decisivos en los que unos cambios profundos en la opinión popular obtuvieron un reconocimiento constitucional fidedigno. El problema surge cuando consideramos la forma en que los profesionales han transformado esta cronología selectiva en una narrativa con sentido que hunde las raíces del presente en el pasado profundo.

La narrativa existente

El problema es este: las historias que cuentan los juristas acerca de cada uno de estos tres momentos decisivos no les invitan a reflexionar sobre los rasgos comunes de estos grandes ejercicios transformadores. En vez de ello, cada uno de estos tres grandes acontecimientos iusgeneradores está confinado en una serie de categorías jurídicas que subrayan lo diferente que es cada episodio respecto del siguiente.

De los tres, la Fundación es tratada como si fuera la ruptura más radical con el pasado. Los juristas modernos están perfectamente preparados para admitir que la Convención Constitucional estaba actuando ilegalmente al proponer su nuevo documento en nombre de Nosotros, el Pueblo. Los Federalistas de la Fundación, al fin y al cabo, no estaban preparados para seguir los procedimientos de ratificación expuestos en los Artículos de la Confederación que habían sido solemnemente aceptados por los trece estados solo unos años antes. Los Artículos requerían el consentimiento unánime de las trece asambleas legislativas estatales para que cualquier enmienda pudiese entrar en vigor. Por el contrario, los Federalistas excluían a las asambleas legislativas estatales de *cualquier* papel en la ratificación y llegaron a afirmar que la aprobación de convenciones constitucionales especiales reunidas en solo nueve de los trece estados sería suficiente para validar los esfuerzos de la Convención de hablar por el Pueblo.

Ilegalidades como estas puede que no estén entre las primeras cosas que salgan a la superficie en la mente legal, pero los juristas modernos no muestran una gran resistencia para comprenderlas[5]. De hecho, existe una

[5] Véase, por ejemplo, Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton University Press, 1988, pp. 130-131; David Kay, «The Illegality of the Constitution», *Constitutional Commentary*, vol. 4, 1987, p. 57; y «The Creation of Constitutions in Canada and the United States», *Canada-United States Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 1984, pp. 124-136. Pero véase también

perspectiva conceptual según la cual nuestra propia identificación con la Fundación en tanto Fundación presupone que la Convención de Filadelfia actuó sin una justificación legal derivada de los Artículos preexistentes. Si este no fuera el caso, los *verdaderos* Padres Fundadores de nuestra República serían quienes redactaron y ratificaron los Artículos de la Confederación; la Convención de Filadelfia simplemente obtuvo la ratificación de algunas «enmiendas» radicales al documento de la Fundación. Dado que los juristas modernos no remontan el origen de la República a los Artículos de la Confederación, sino a *la* Constitución de 1787, el descubrimiento de algunas ilegalidades en la Fundación confirma, más que niega, su concepción de la forma general de nuestro pasado constitucional.

La cosa cambia cuando se trata de las enmiendas constitucionales aprobadas después de la Guerra Civil. Aquí, el moderno discurso legal exhibe una clara dicotomía entre sustancia y procedimiento. Sustantivamente, todos reconocen que estas tres enmiendas transformaron profundamente principios constitucionales preexistentes. Pero si nos fijamos en los procesos

---

Akhil Amar, «Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V», *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1988, pp. 1043, 1047-1054. El profesor Amar admite que la ratificación de la Constitución «viola obviamente el Artículo XIII de los Artículos de la Confederación preexistentes», pero sugiere que los Artículos deberían considerarse como un tratado cuyas disposiciones habían caducado a consecuencia de las violaciones estatales. Dada esta circunstancia, Amar no cree que la Convención actuase ilegalmente al llamar a nueve o más estados a separarse de la Confederación.

Si bien es indudable que algunos Federalistas sostenían el punto de vista de Amar en privado, incluso ellos eran reticentes a manifestarlo en público. Compárese *The Federalist*, núm. 40, (J. Madison), (ilegalidad explícitamente reconocida), con el núm. 43, donde se dice que «*probablemente* [subrayado en el original] también» «podría encontrarse» justificación para el procedimiento de ratificación en la teoría de la ruptura del tratado, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers: Alexander Hamilton, James Madison, John Jay*, Nueva York, Penguin Putnam, 1961, pp. 252, 254 y pp. 279-280, respectivamente. Y, como reconoce Amar, muchos antifederalistas negaban que la promesa de unión «perpetua» de los Artículos pudiese eludirse tan fácilmente después de un proceso tan breve. Véase Herbert Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, Chicago, Chicago University Press, 1981, cap. 2.

En general, los argumentos del profesor Kay estableciendo la ilegalidad de la Constitución me parecen más persuasivos que los del profesor Amar. Como mínimo, la confianza de Amar en la legalidad de la táctica evasiva de la Convención respecto a las asambleas legislativas estatales no era compartida por los propios federalistas, que admitían que su argumento «legal» a favor de la secesión no les llevaría muy lejos en el debate popular y que tendrían que invocar otros principios de soberanía popular más fundamentales para defender su acto de creación constitucional.

En realidad, el resto del artículo de Amar subraya útilmente lo importantes que eran los principios de la soberanía popular para la generación revolucionaria, aunque, una vez más, pienso que exagera al sugerir que la llamada de la Convención a la ratificación por parte de las convenciones estatales, más que por las asambleas legislativas, era *legal* de acuerdo con las leyes de los trece Estados. Mientras que algunos estados, como Massachusetts, habían dado una gran autoridad a las convenciones estatales en sus leyes internas (véase A. Amar, supra, en pp. 1049-1051), otros, como Rhode Island, eran mucho más retraídos a la hora de admitir que las convenciones constitucionales reunidas en nombre del Pueblo pudiesen modificar legalmente unos fueros estatales preexistentes. Véase Luther v. Borden, 48 US (7 How.) I, 1849.

mediante los cuales se convirtieron en parte de nuestra normativa superior, un espeso silencio desciende sobre la comunidad legal. Si bien no se tienen reparos en admitir la dudosa legalidad de la Fundación, el discurso profesional no contiene ninguna indicación de que la Reconstrucción pueda estar de forma similar contaminada. Si se le pide que explique por qué las enmiendas de la Guerra Civil son parte de la Constitución, el jurista o juez estadounidense moderno, con casi toda seguridad, citará las reglas para la enmienda constitucional contenidas en el artículo 5 de la Constitución de 1787. Según la opinión consolidada, las enmiendas de la Guerra Civil son solo esto: enmiendas ordinarias que, como todas las demás, deben su legalidad a su conformidad con las reglas formales para la revisión constitucional establecidas por los Federalistas en la Constitución de 1787. Para expresar esto con una fórmula: mientras que la narrativa profesional insiste en que la Reconstrucción fue *sustantivamente creativa*, ello supone que fue *procedimentalmente poco original.*

Incluso esta mayor originalidad le es negada al *New Deal*. Si bien todos los juristas reconocen que la década de 1930 marca el triunfo constitucional definitivo del gobierno nacional intervencionista, se cuentan a sí mismos una historia que niega que en realidad sucediera algo profundamente creativo. Este punto de vista de la década de 1930 se obtiene imaginando una Edad de Oro en la que el juez Marshall, el Presidente del Tribunal Supremo, enderezó las cosas para siempre proponiendo una construcción amplia de la autoridad legislativa del gobierno nacional. El periodo entre la Reconstrucción y el *New Deal* puede ser entonces considerado como un (complejo) relato acerca de una progresiva calamidad, cuando la mayoría de los jueces se apartó de la senda de la rectitud e impuso su filosofía del *laissez faire* a la nación con el pretexto de la interpretación constitucional. Previsiblemente, estos actos de usurpación judicial enfrentaron cada vez más a los jueces con instituciones más democráticas que percibían agudamente que el *laissez-faire* no conseguía comprender cabalmente un mundo cada vez más interdependiente.

La confrontación entre el *New Deal* y el *Old Court* culmina esta obra moral tradicional de decadencia, caída y resurrección. Solo el «cambio a tiempo» del juez Roberts y la salida de los peores infractores judiciales permitió al Tribunal expiar sus pecados de contradecir a la mayoría sin provocar un daño institucional permanente. ¡Si los jueces no se hubiesen apartado de la senda original de Marshall, tal vez toda esta situación tan desagradable podría haberse evitado!

Como siempre, este guión básico suscita un sinfín de discrepancias acerca del carácter preciso de la visión marshalliana y del alcance de las anomalías producidas durante el periodo *Lochner* de *laissez-faire*. El punto fundamental que nos interesa aquí es bastante sencillo: en contraste con los dos primeros

momentos decisivos, los juristas modernos no describen ni los aspectos sustantivos ni los procedimentales del *New Deal* contándose a sí mismos un cuento sobre una creación constitucional. El triunfo del gobierno nacional intervencionista se produce por la mediación de un mito de redescubrimiento, como si los Federalistas de la Fundación hubiesen previsto las obras de Franklin Delano Roosevelt y se hubiesen visto sorprendidos de haber sabido que las grandes luchas de la década de 1930 eran necesarias para obtener la legitimación constitucional del Estado del bienestar.

Federalistas de la Fundación → Constitución ilegal; Republicanos de la Reconstrucción → Enmiendas formales; Demócratas del *New Deal* → Redescubrimiento judicial de las Antiguas Verdades: este esquema sugiere que existe una decadencia, sutil pero inequívoca, en las capacidades constitucionalmente generativas del pueblo estadounidense. Aparentemente, Nosotros, el Pueblo nunca nos hemos implicado de nuevo en el tipo de crítica radical y de creación que acometieron los Federalistas de la Fundación. Hemos hecho revisiones sustantivas en la estructura original de la Constitución pero nunca hemos llegado al punto de revisar el proceso mismo de reforma constitucional. La comparación entre los siglos XIX y XX lleva implícita una pérdida similar: mientras que los Republicanos de la Reconstrucción obtuvieron el consentimiento del Pueblo a los cambios fundamentales en los principios de gobierno, las transformaciones conseguidas por los Demócratas del *New Deal* solo representan un retorno a la sabiduría de los primeros Fundadores.

Una narrativa revisionista

Me propongo cuestionar el esquema interpretativo dominante. Pese a ser muy familiar, no tiene unos cimientos firmes. Si nos remontamos a nuestras fuentes vemos que cuentan una historia muy diferente. Nos muestran a los Republicanos de la Reconstrucción y a los Demócratas del *New Deal* implicados en actos conscientes de creación constitucional que rivalizan en alcance y profundidad con los de los Federalistas de la Fundación. En todos los casos, los nuevos portavoces del Pueblo se negaron a seguir la senda para la revisión constitucional trazada por sus predecesores; al igual que habían hecho los federalistas antes que ellos, transformaron los sistemas existentes de producción normativa de carácter superior en el proceso de cambio de la dirección fundamental del desarrollo político. Más que seguir de modo dócil las indicaciones de los Federalistas, los Republicanos y los Demócratas fueron constitucionalmente creativos, desde un punto de vista tanto procedimental como sustantivo, y tuvieron conciencia de serlo.

Ahora bien, solo hay una forma de fundamentar esta afirmación, que es volver a las fuentes y seguir paso a paso en sus ejercicios transformadores

tanto a los Republicanos del siglo XIX como a los Demócratas del siglo XX. Solo entonces podremos hacernos una idea adecuada de su notable creatividad a la hora de definir nuevos roles para la Presidencia, el Congreso, el Tribunal Supremo y los votantes en el proceso de producción normativa de carácter superior. Solo entonces podremos entender cómo *se ganaron* la autoridad constitucional para hablar en nombre del Pueblo.

Esta es una tarea bastante complicada. La historia está llena de ejemplos fascinantes de capacidad creativa de liderar un Estado pero existe el peligro de perder de vista el bosque si se pasa demasiado rápidamente a la descripción de unos cuantos árboles particularmente llamativos. Esta parte tiene como objetivo presentar una perspectiva general de mi proyecto en su conjunto, por lo que me limitaré a resumir las innovaciones constitucionales más importantes introducidas por Republicanos y Demócratas. El segundo volumen de esta obra, *Transformaciones*, estará enteramente dedicado a satisfacer los pagarés librados más abajo[6].

La Reconstrucción

La Reconstrucción fue exactamente esto: reconstruir la Unión de abajo a arriba. Las enmiendas de la Reconstrucción (en especial la Decimocuarta) nunca habrían sido ratificadas si los Republicanos hubiesen seguido las reglas establecidas por el Artículo 5 de la Constitución original. Los Republicanos eran perfectamente conscientes de ello, como también lo eran sus antagonistas conservadores. Las enmiendas obtuvieron el reconocimiento solo porque el Congreso de la Reconstrucción cuestionó con éxito y de modo plenamente consciente dos premisas básicas del sistema de reforma constitucional dictado por los Federalistas de la Fundación.

La primera y más decisiva era el propio principio federalista: la idea de que una enmienda constitucional tiene que obtener el respaldo tanto del gobierno nacional como de los estados, de manera independiente, antes de ser reconocida como una adición legítima a nuestra norma suprema. Aunque la primera violación de las premisas federalistas se produjo durante la ratificación de la Decimotercera Enmienda, la gran crisis la provocó la Decimocuarta. Para impedir que los estados sureños utilizasen las reglas federalistas del Artículo 5 para rechazar la propuesta y la ratificación de la enmienda, los Republicanos de la Reconstrucción elaboraron un nuevo

---

[6] Dado que el bosquejo hecho en este capítulo será completamente documentado en el siguiente volumen de esta obra, me he abstenido aquí de hacer un uso amplio de las notas a pie de página. Para quienes quieran revisar algunas de las fuentes acreditativas antes de que se publique el segundo volumen, pueden encontrarlas en mi artículo «Constitutional Politics/Constitutional Law», cit., pp. 453, 486-515.

sistema más nacionalista para la toma de decisiones constitucionales en el que los estados jugaban un papel secundario. Fue este proceso revisado, y no el diseñado por los Federalistas de la Fundación, el que determinó la legitimidad de la solución constitucional que hoy identificamos como la Decimocuarta Enmienda.

A su vez, la nacionalización del proceso de enmienda llevó a los Republicanos a cuestionar una segunda premisa de la Fundación. Dado que tenían en mente la experiencia *whig* inglesa, los Padres Fundadores dieron por supuesto que solamente las asambleas popularmente elegidas, análogas a la Cámara de los Comunes inglesa, tenían autoridad para cambiar la Constitución en nombre del Pueblo. Si bien Presidentes y tribunales podrían desempeñar papeles importantes en otras materias, la suerte de las revisiones constitucionales la determinaría un diálogo monopolizado por las asambleas elegidas a escala nacional y estatal. Sin embargo, a medida que los Republicanos otorgaban más responsabilidades a la nación, nuevas instituciones nacionales empezaron a ver ampliados sus poderes. Y lo que es más importante, los Presidentes Lincoln y Johnson delegaron toda una serie de funciones esenciales en el proceso por medio del cual la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas fueron propuestas, debatidas y legitimadas. En un determinado momento, el Tribunal Supremo también desempeñó un rol importante.

Para expresar estas dos innovaciones del siglo XIX de modo sintético, diremos que los Republicanos de la Reconstrucción transformaron la *separación de poderes* nacional en una alternativa al sistema federalista de reforma constitucional que se había basado exclusivamente en la *división de poderes* entre Estado y nación. Nuestro estudio de la Decimotercera y la Decimocuarta Enmiendas nos permitirá asimismo definir dos importantes variaciones en este nuevo tema nacionalista. La Decimotercera Enmienda introduce *el modelo de liderazgo presidencial* que ocupará un lugar importante en nuestro subsiguiente análisis de la transformación del *New Deal*. En este modelo, el Presidente y el Congreso cooperan entre sí para asegurar la aprobación de una enmienda constitucional, pese a la cuestionable legalidad de la enmienda de acuerdo con las reglas y principios establecidos por la Constitución federalista. En el contexto de la Reconstrucción, sin embargo, un segundo modelo, generado por la lucha en torno a la Decimocuarta Enmienda, exigirá un análisis más elaborado. A consecuencia de la defección del Presidente Andrew Johnson, que se pasó al bando de los conservadores constitucionales, los Republicanos tuvieron que desarrollar un *modelo de liderazgo por parte del Congreso* con el fin de ganar la aprobación como norma suprema de la Decimocuarta Enmienda.

Me propongo detallar la forma en la que un Congreso reformista y un Presidente conservador interactuaron durante los años decisivos de la

Reconstrucción para elaborar este nuevo modelo, permitiendo a la ciudadanía en general, primero, comprender y luego participar de un modo decisivo en la resolución de los importantes problemas relativos a la identidad constitucional planteados después de la Guerra Civil. Si tengo éxito en mi empresa, este análisis requerirá una revisión de las categorías básicas que los juristas actuales utilizan para interpretar el logro constitucional republicano. Si uno se enfrasca en el contexto histórico, la concepción recibida sobre las enmiendas de la Guerra Civil como enmiendas ordinarias simplemente se desvanece. La Reconstrucción republicana de la Unión fue un acto de creación constitucional no menos profundo que la propia Fundación: los Republicanos no solo introdujeron nuevos principios sustantivos en nuestra norma suprema, sino que cambiaron el proceso mismo de producción normativa de carácter superior.

Este ejercicio republicano no fue enteramente ajeno al espíritu federalista. Los Federalistas también eran relativamente nacionalistas para su época; también ellos se enfrentaron, en los Artículos de la Confederación, a un sistema preexistente de reforma constitucional que daba demasiado poder a los estados insistiendo en la necesidad de un consentimiento unánime para cualquier enmienda; y también ellos respondieron restringiendo el poder de los estados para vetar su concepción más nacionalista de la Unión. Cuando investiguemos los hechos con mayor profundidad, descubriremos otros muchos paralelismos entre los principios federalistas del proceso de producción normativa de carácter superior y las innovaciones republicanas. Ya he dicho bastante, sin embargo, para motivar la siguiente fase de la discusión.

El *New Deal*

La siguiente fase utiliza nuestra nueva perspectiva sobre el logro republicano para alcanzar una nueva visión del siguiente gran momento decisivo de la historia constitucional: el éxito de los Demócratas del *New Deal* en situar el gobierno nacional intervencionista sobre unos fundamentos constitucionales sólidos. La narrativa dominante trivializa esta victoria del *New Deal* incluso más enfáticamente que el logro republicano. Según el moderno mito del redescubrimiento, el *New Deal* ni siquiera contribuyó con nuevos principios sustantivos a nuestra norma suprema y mucho menos cambió el proceso mismo de producción normativa de carácter superior. Su redefinición del gobierno estadounidense representó poco más que la recuperación de algunos aspectos olvidados de la sabiduría de la Fundación.

Mi contratesis: al igual que los Republicanos de la Reconstrucción, los Demócratas del *New Deal* se basaron en la separación nacional de

poderes entre el Congreso, el Presidente y el Tribunal Supremo para crear un nuevo marco institucional por medio del cual el Pueblo estadounidense podía definir, debatir y, finalmente, decidir su futuro constitucional. La diferencia institucional clave entre los dos periodos estriba en la Presidencia. Franklin Roosevelt estuvo al timón de la coalición reformista durante todo el periodo de transformación constitucional de los Demócratas, mientras que el asesinato de Lincoln privó a los reformadores del respaldo presidencial durante la lucha por la Decimocuarta Enmienda. El largo periodo que estuvo Roosevelt en el cargo tuvo implicaciones fundamentales, aunque nada sorprendentes, en el papel de la presidencia en el proceso de producción normativa de carácter superior. Si bien los Republicanos operaron exitosamente con el liderazgo presidencial en el proceso de legitimación de la Decimotercera Enmienda, no pudieron basarse en esta experiencia una vez que Andrew Johnson declaró la guerra a la Decimocuarta Enmienda. Por el contrario, los Demócratas estuvieron en condiciones de desarrollar el poder de la Presidencia de un modo mucho más incisivo.

Sin embargo, si ponderamos correctamente la defección del presidente Johnson de la coalición republicana, es posible identificar similitudes notables en la forma en la que la separación de poderes puso a prueba, y finalmente legitimó, las reformas constitucionales propuestas por los Republicanos del siglo XIX y los Demócratas del siglo XX. Cada ejercicio de producción normativa de carácter superior empezó con unos reformadores que solo controlaban una parte del gobierno nacional: en el caso de los Republicanos, fue el Congreso el que asumió el liderazgo de la reforma tras la defección de Johnson; en el caso de los Demócratas, la Presidencia fue la principal protagonista de la reforma. En ambos casos, las propuestas de los reformadores constitucionales estuvieron expuestas a un periodo inicial de crítica incisiva por parte de los sectores conservadores, quienes pidieron públicamente al Pueblo que rechazase con contundencia las peligrosas innovaciones propuestas por los reformadores. En el caso de los Republicanos, el principal sector conservador estaba en la Presidencia; para los Demócratas, estaba en el Tribunal Supremo.

Por supuesto, estas diferencias institucionales eran importantes para explicar la diversidad existente en la dinámica de los debates y las decisiones constitucionales, pero es aún más importante constatar las similitudes más profundas. En ambos casos, el punto muerto institucional en Washington les obligó a movilizar a sus seguidores en todo el país. Estos notables esfuerzos de movilización popular otorgaron a su vez un significado constitucional extraordinario a la siguiente ronda de citas electorales. Si uno de los bandos conseguía una victoria decisiva en las urnas, intentaría utilizar el respaldo popular así obtenido para superar el punto muerto institucional.

Este proceso de lucha entre poderes y de movilización popular convirtió las elecciones de 1866 y 1936 en acontecimientos decisivos de la historia constitucional. En ambas, los reformadores regresaron a Washington con una clara victoria en las urnas y proclamaron que el resultado de las elecciones les confería un «mandato del Pueblo» y que había llegado el momento de que los conservadores pusieran fin a su resistencia constitucional.

Esta exigencia de los reformadores electoralmente victoriosos inauguró el periodo de la ratificación, durante el cual los conservadores consideraron si debían continuar su resistencia o reconocer que el Pueblo ya se había pronunciado dando su apoyo al movimiento reformista. En ambos casos, esta decisión no se tomó en silenciosa contemplación, sino en respuesta al desafío por parte de los reformadores a la legitimidad de los conservadores. Durante la Reconstrucción, el Congreso reformista amenazó finalmente al presidente Johnson con el *impeachment* si continuaba utilizando su cargo para sabotear la ratificación de la Decimocuarta Enmienda. Durante el *New Deal*, fue la amenaza del Presidente de incrementar el número de magistrados favorables del Tribunal Supremo lo que llevó a los magistrados conservadores a considerar si era sensato continuar la resistencia. En ambos casos, sin embargo, la cuestión era la misma: ¿deberían los conservadores presentes en las instituciones discrepantes reconocer finalmente que *el Pueblo se había pronunciado*?

En ambos casos, la respuesta de los conservadores fue la misma. En vez de proseguir la escalada de la crisis constitucional, decidieron, obviamente a regañadientes, que seguir resistiendo podría poner en peligro muchos de los valores que consideraban fundamentales. Hicieron el «cambio a tiempo»: Johnson cejó en su empeño de impedir la ratificación formal de la Decimocuarta Enmienda; el Tribunal Supremo repudió su defensa doctrinal del capitalismo del *laissez-faire* y empezó a construir nuevos cimientos constitucionales para el gobierno nacional intervencionista.

Los victoriosos reformadores, por su parte, reaccionaron del mismo modo. Los Republicanos rehusaron condenar al presidente Johnson y le permitieron permanecer en el cargo para proclamar la validez de la Decimocuarta Enmienda; los Demócratas retiraron la amenaza de alterar la composición del Tribunal Supremo, permitiendo que el *Old Court* proclamase que el gobierno intervencionista del *New Deal* era constitucionalmente legítimo.

Como consecuencia de estos «cambios a tiempo», los tres poderes surgen del periodo de prueba democrática de nuevo unidos y la separación de poderes permanece intacta para ser utilizada por el siguiente régimen constitucional. Pero ahora está al servicio de la nueva solución constitucional que previamente había sido tan polémica.

Punto muerto entre los poderes del Estado → elección decisiva → reto reformista a los poderes conservadores → cambio a tiempo: esta separación en el esquema de los poderes requerirá una prolija elaboración antes de adquirir credibilidad legal. No hay forma de evitar el difícil trabajo histórico necesario para apreciar las semejanzas funcionales entre el veto del Presidente Johnson a la Ley de Derechos Civiles del Congreso y el veto del Tribunal Supremo a la *National Industrial Recovery Act*; entre las decisivas elecciones de 1866 y las decisivas elecciones de 1936; entre el intento republicano de iniciar el *impeachment* contra el Presidente y el intento demócrata de alterar la composición del Tribunal; entre la ratificación final de la Decimocuarta Enmienda por el secretario de Estado de Johnson y la ratificación final del Estado del bienestar por el Tribunal del *New Deal*; etcétera. Afortunadamente, muchos de estos fascinantes acontecimientos han atraído la atención sostenida de generaciones de historiadores y yo voy a tratar de aprovechar sus conocimientos lo mejor que pueda. Un reto aún más formidable será el de ubicar cada episodio particular en el contexto más amplio del proceso de producción normativa de carácter superior y captar con ello la evolución del proceso constitucional mediante el cual la separación de poderes obligó primero a las partes en pugna a refinar su visión constitucional y su concepción opuesta y luego presentó los problemas clave de una forma dramática a un electorado movilizado, proporcionando finalmente un periodo adicional durante el cual los conservadores lúcidos pudieran considerar si había llegado el momento de reconocer que el Pueblo se había efectivamente pronunciado.

Cuando elabore estos asombrosos paralelismos entre la Reconstrucción y el *New Deal*, me basaré en las ideas de los protagonistas de la década de 1930. Una y otra vez, los hombres y mujeres del *New Deal* invocaron los precedentes de la Reconstrucción en su intento de erigir un modelo moderno de liderazgo presidencial en el proceso de producción normativa de carácter superior. El reto es *escuchar* estas voces, no insistir en considerar a los reformadores del *New Deal* como si fuesen epígonos exhaustos, capaces solo de volver a la olvidada sabiduría de los Fundadores.

Solo después de definir qué hay realmente de nuevo en el *New Deal*, podemos empezar a abordar el profundo problema que nos legaron ¿Hemos de revisar una vez más el modelo de liderazgo presidencial del *New Deal* para abordar mejor los retos que nos planteará la producción normativa de carácter superior del próximo siglo?

Del pasado al presente

Los acontecimientos de la última década confieren a esta cuestión una importancia práctica apremiante. Durante la década de 1980, asistimos a un serio intento encaminado a llevar al pueblo estadounidense a repudiar la afirmación que hizo el *New Deal* del gobierno nacional intervencionista. El resultado, al menos hasta ahora, ha sido paradójico. Más que ganar la batalla para revisar los fundamentos del Estado del bienestar, los Republicanos de Reagan solo consiguieron confirmar la vitalidad de los precedentes de producción normativa de carácter superior creados por los Demócratas de Roosevelt.

Al igual que en la década de 1930, los Republicanos no intentaron revocar el *New Deal* mediante una vigorosa campaña a favor de las enmiendas formales a la Constitución del tipo previsto por los Federalistas en la Constitución original. En vez de ello y al igual que los Demócratas del *New Deal*, los Republicanos reaganianos utilizaron la presidencia como epicentro institucional de sus intentos de llevar al pueblo estadounidense a revisar su identidad constitucional; al igual que en la década de 1930, la cuestión fundamental era en qué medida podía el Presidente convencer a las otras dos ramas del gobierno nacional para que se tomase en serio su demanda de un cambio fundamental, una demanda que alcanzó su punto culminante en la batalla que tuvo lugar en el Senado sobre el intento del Presidente de nombrar nuevos magistrados del Tribunal Supremo que diesen una forma doctrinal concreta a los nuevos ideales constitucionales tan insistentemente proclamados desde el Despacho Oval.

En este punto emerge una gran diferencia entre los dos periodos. Roosevelt consiguió finalmente obtener el consentimiento del Congreso para una serie de nombramientos transformadores en el Tribunal Supremo; al comienzo de su tercer mandato, un Tribunal unánime se había unido a los otros poderes para ratificar la legitimidad constitucional del gobierno nacional intervencionista. Por el contrario, Reagan no logró convencer en absoluto a una mayoría decisiva de estadounidenses para que apoyasen su crítica radical de las premisas del Estado del bienestar heredado del *New Deal*; en vez de obtener el consentimiento del Senado a una serie de nombramientos transformadores en el Tribunal Supremo, el Presidente vio rechazadas sus ambiciones constitucionales en la batalla precipitada por la designación de Robert Bork.

Para nuestros propósitos, un estudio de la dinámica institucional del fracasado momento constitucional de Reagan es tan revelador como la exitosa transformación de Roosevelt y puede proporcionarnos una nueva perspectiva sobre una de las innovaciones constitucionales más sorprendentes de la década

de 1930. Esto implica el proceso legal mediante el cual los partidarios del *New Deal* presentaron y argumentaron su nueva solución constitucional. Si bien los Republicanos de la Reconstrucción abrieron un nuevo camino en el uso que hicieron de la separación de poderes como principal motor de la reforma constitucional, consiguieron sin embargo codificar sus reformas mediante unos instrumentos legales que tenían la apariencia superficial de «enmiendas constitucionales». Estos textos de la Reconstrucción eran solo simulacros de enmienda, ya que no se produjeron de acuerdo con los principios establecidos por la Constitución Federalista. De todos modos, los Republicanos consiguieron al menos llenar de vino nuevo los viejos odres legales.

Por el contrario, los partidarios del *New Deal* rechazaron la forma tradicional de presentar una enmienda; prefirieron confiar en el Tribunal Supremo del *New Deal* para que elaborase su nueva visión intervencionista mediante una serie de dictámenes transformadoras. Vale la pena subrayar que esta decisión fue totalmente consciente y pública. Oiremos al presidente Roosevelt y a los principales portavoces de su Administración explicando por qué era un error codificar la transformación del *New Deal* mediante formas sancionadas por el Artículo 5; por qué había que confiar, en cambio, en la designación de nuevos jueces para dar un nuevo significado a la Constitución. Después de 1937, además, Roosevelt y el Congreso utilizaron esta técnica de designación judicial transformadora con un éxito sin precedentes. A comienzos de la década de 1940, un Tribunal Supremo reconstituido no se contentaba con haber revocado unas cuantas decisiones infractoras de una era fenecida. Revolucionó profundamente la doctrina constitucional imperante, hasta el punto de que el Tribunal Supremo empezó a revocar unánimemente doctrinas fundamentales que solo una década antes habían configurado totalmente el corpus del derecho constitucional[7].

Este precedente rooseveltiano era lo que obsesionaba a Ronald Reagan cuando, pese a no haber sabido emular a Roosevelt arrollando al Congreso, designó a Robert Bork para el Tribunal Supremo. Los logros de Bork como jurista y como pensador simbolizaban las ambiciones de reforma constitucional del presidente. Era un destacado profesor de Derecho, como lo habían sido Frankfurter y Douglas en la Administración de Roosevelt, que obviamente tenía la habilidad de defender por escrito opiniones transformadoras capaces de impulsar la norma constitucional en una nueva dirección. Aunque, por sí sola, su designación no sería suficiente para producir el tipo de decisiones de 9 a 0 que tomaba el Tribunal Supremo del *New Deal* a comienzos de la década de 1940, sí podía aportar la potencia de fuego necesaria para redactar una doctrina capaz de transformar el ordenamiento jurídico de un modo tan fundamental como lo habían hecho las grandes opiniones del *New Deal*.

---

[7] Véase el capítulo 5, pp. 113-119. Trataré este tema de forma extensa en volúmenes subsiguientes.

Solo comparando la designación de Bork con el precedente del *New Deal* es posible apreciar la ansiedad y la energía con que libraron los dos bandos la batalla de su nombramiento. En vez de revisar los pormenores de esta batalla, es mucho más importante ver en el caso Bork un problema mucho mayor, al que nos enfrentamos a la hora de tratar de dilucidar el precedente rooseveltiano: ¿es positiva esa tendencia del *New Deal* a transformar la Constitución mediante una serie de nombramientos judiciales y no mediante enmiendas formales? Y si no lo es, ¿qué se puede hacer al respecto?

Creo que este énfasis en los nombramientos transformadores constituye una amenaza para algunos de los valores nucleares del dualismo y esto por tres razones. En primer lugar, el debate sobre los principios constitucionales implícitos en la confirmación de un determinado candidato para ser miembro del Tribunal Supremo está, casi inevitablemente, mal planteado. Estas cuestiones esenciales se verán a menudo sesgadas por el estilo, el carisma y las flaquezas del candidato. Podrán también verse oscurecidas por la manipulación estratégica derivada de las habilidades retóricas de los amigos y enemigos del candidato hasta el punto de que ya no se vea con claridad en qué dirección trata aquel de llevar al Tribunal. Compárese este potencial para la confusión con el sistema clásico para las enmiendas previsto en el Artículo 5. A tenor del mismo, los partidarios del cambio constitucional tienen que formular formalmente la enmienda antes de que pueda producirse un debate en serio sobre la misma. Si bien una declaración de principios textual difícilmente elimina toda ambigüedad y confusión, sí proporciona un perímetro para la discusión democrática que puede perderse totalmente en el tejemaneje característico de una sesión de confirmación en el Senado.

En segundo lugar, aunque el sistema clásico es deficiente por cuanto no confiere al Presidente ningún papel en el proceso de cambio constitucional, el sistema que surge de los nombramientos transformadores le otorga un papel excesivo. La mayoría de presidentes no llega al cargo con un mandato para acometer cambios fundamentales del tipo que reclamaba de forma convincente Franklin Delano Roosevelt después de las elecciones de 1936[8]. Al fin y al cabo, durante su primer mandato, Roosevelt había hecho muchas más cosas que simplemente preparar la forma de ser reelegido. Había obtenido el respaldo del Congreso para un programa intervencionista que representaba una clara ruptura con los principios constitucionales tradicionales y había obtenido un respaldo popular masivo pese a la elocuente crítica constitucional que había hecho el Old Court de las premisas intervencionistas del *New Deal*. Si el pueblo estadounidense ha estado

[8] Véase R. Dahl, «Myth on the Presidential Mandate», *Political Science Quarterly*, vol. 105, núm. 3, 1990, p. 355.

dispuesto alguna vez a refrendar una ruptura con su pasado constitucional, ello ocurrió en la década de 1930[9].

Sin embargo, los precedentes constitucionales establecidos durante el segundo mandato de Roosevelt podrían fácilmente ser utilizados de un modo abusivo por futuros presidentes con un mandato mucho más equívoco para acometer cambios fundamentales. En la medida en que fueran capaces de convencer a una escueta mayoría del Senado para que diera su aprobación a una serie de nombramientos transformadores en el Tribunal Supremo, la norma constitucional podría verse descarrilada hacia una nueva senda sin que hubiera pruebas institucionales persuasivas de que una mayoría movilizada del pueblo estadounidense refrendaba el cambio. Una vez más, compárese el requisito de que una minoría simple de senadores dé su aprobación a un nombramiento transformador con el tipo de aprobación institucional exigido por el sistema clásico de reforma constitucional. De acuerdo con el Artículo 5, ninguna enmienda puede siquiera ser propuesta por el Congreso en nombre del Pueblo a menos que lo aprueben las dos terceras partes de ambas cámaras y no solo una mayoría simple del Senado. Incluso una demostración tan importante de apoyo institucional solo sirve para poner la propuesta en la agenda constitucional; una segunda ronda, institucionalmente importante, de debate y toma de decisiones se requiere luego antes de que el sistema clásico permita que una nueva visión constitucional sea elevada al rango de ley. En suma, la práctica moderna parece excesivamente endeble para ser una prueba creíble del respaldo popular, amplio y profundo, que clásicamente se requiere para una abrupta ruptura constitucional con el pasado.

Pero el sistema emergente de nombramientos transformadores no solo carece de *peso institucional* y de un *objeto legal* remotamente comparables al sistema clásico. También plantea una tercera amenaza: la de un elitismo inaceptable. Piénsese de nuevo en la estipulación del Artículo 5, en virtud de la cual nuestros representantes en Washington, DC, solo pueden proponer enmiendas, y que se requiere un debate mucho más abierto en los diversos estados antes de que puedan ser ratificadas. Si bien ya no podemos creer que los estados tengan que tener siempre un derecho de veto sobre el cambio político a escala nacional, todavía es posible diseñar un mecanismo nacional que requiera que nuestra elite política en Washington salga al país y haga un esfuerzo especial para ganarse el respaldo público general a sus propuestas constitucionales.

---

[9] Seguramente, las mayorías decisivas obtenidas por los Demócratas del *New Deal* en todos los sectores del país habrían sido la envidia de los Republicanos de la Reconstrucción y de los Federalistas de la Fundación.

El dispositivo que tengo en mente (el referéndum) ya es familiar en la práctica constitucional de nuestros estados, así como en la de muchas otras naciones extranjeras. Debidamente estructurado, puede servir de catalizador del amplio debate popular que es esencial para la legitimación democrática de las iniciativas constitucionales propuestas. Aunque el Presidente y el Congreso, actuando conjuntamente, deberían poder proponer una enmienda, no deberían poder ratificarla sin acudir antes al Pueblo para obtener el consentimiento especialmente delimitado y meditado que permite el uso de un dispositivo como el referéndum.

Objeto legal, peso institucional, respuesta popular. Es posible que estos ideales puedan hacerse más concretos proponiendo una enmienda constitucional que los realice mejor que la práctica actual de los nombramientos judiciales transformadores:

> Durante su segundo mandato en el cargo, un/a Presidente/a puede proponer enmiendas constitucionales al Congreso de Estados Unidos; si dos terceras partes de ambas Cámaras aprueban una propuesta, esta tendrá que ser incluida en la votación en las dos siguientes elecciones presidenciales en cada uno de los diversos estados; si las tres quintas partes de los votantes que participen en estas elecciones aprueban la enmienda propuesta, esta quedará ratificada en nombre del Pueblo de Estados Unidos.

No tengo ningún interés personal en los detalles de esta propuesta en particular. La presento para invitar al lector a iniciar su propio examen crítico del proceso de producción normativa de carácter superior: si usted cree que mi propuesta es una equivocación, pregúntese por qué. ¿Por qué no está de acuerdo con los criterios que propongo para poner a prueba la declaración de un movimiento que afirma hablar «en nombre del Pueblo»? ¿Por qué piensa que mi propuesta puede ser demasiado fácilmente manipulada por unos políticos carentes del necesario apoyo de los ciudadanos? ¿Por qué piensa que no podrá canalizar con éxito las ambiciones presidenciales y por qué la Casa Blanca seguirá tratando de impulsar nombramientos judiciales transformadores siempre que tenga la oportunidad de hacerlo?[10].

¿Qué criterios fundamentales deberían utilizarse para juzgar la afirmación de un movimiento de que habla «en nombre del Pueblo»? ¿Cómo *debería* diseñarse un sistema de producción normativa de carácter superior que pueda distinguir claramente entre las raras ocasiones en que una mayoría movilizada de ciudadanos estadounidenses emite un juicio meditado sobre una cuestión de principio fundamental y el sinfín de decisiones de la política normal?

---

[10] Abordo las cuestiones suscitadas por mi propuesta con un poco más de amplitud en «Transformative Appointments», *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, pp. 1164, 1182-1184.

Volveremos a estas cuestiones hacia el final del libro pero nunca es demasiado pronto para empezar[11]. Sobre todo, no cometamos el error de suponer que nuestra actual versión constitucional de la democracia dualista está en perfecto estado de funcionamiento. Al contrario, la maquinaria constitucional se detendrá a menos que hagamos un esfuerzo de reflexión constante acerca de nuestra experiencia dualista y a menos que aprovechemos las oportunidades que se nos presenten en el futuro de promulgar las reformas necesarias[12].

Estas esperanzas reformistas, sin embargo, no deben ocultarnos la existencia de ciertas realidades. Los intentos de los presidentes de transformar la Constitución mediante nombramientos judiciales transformadores es una parte blindada de la práctica moderna. Los estadounidenses no solo deben el moderno gobierno intervencionista al éxito que tuvo Roosevelt desarrollando esta técnica. El éxito de Roosevelt también ha impregnado la forma en que la opinión pública interpreta los ejercicios de liderazgo presidencial. No hay absolutamente ningún motivo para creer que la designación de Robert Bork será la última en provocar una contramovilización constitucional en un Senado dominado por los oponentes políticos del Presidente. Todo el mundo sabe que debemos la moderna Constitución a una serie de nombramientos transformadores que han salido adelante. Y lo que ha sucedido una vez puede suceder de nuevo.

Además, pese a todas sus flaquezas institucionales, el debate sobre el nombramiento de Bork proporcionó un importante foro en el que se puso a prueba la posición constitucional de la presidencia de Reagan. El pueblo estadounidense mostró que aún no estaba preparado para movilizarse a favor de un esfuerzo presidencial encaminado a revolucionar la doctrina constitucional por medio de una serie de nombramientos transformadores. La «revolución» reaganiana fue un momento constitucional fallido.

Lo cual no significa que otro Presidente no pueda triunfar en el futuro. Mi problema es que, hasta que los constitucionalistas se libren del mito del redescubrimiento con el que ocultan el *New Deal*, ni siquiera podrán articular la relación entre Reagan y Roosevelt que ha marcado el reciente ejercicio presidencial. Cegados por sus triviales puntos de vista sobre el pasado constitucional estadounidense, son incapaces de admitir que haya algo realmente nuevo en el *New Deal*. Y sin embargo, este reconocimiento ha de preceder nuestros propios esfuerzos para reconfigurar los precedentes del *New Deal* de una forma que se acomode mejor a nuestro conocimiento en constante evolución de la democracia dualista.

---

[11] Me ocupo de la cuestión de los criterios básicos en el capítulo 10. Intento una valoración más elaborada de mi propuesta particular de referendos constitucionales en el siguiente volumen.

[12] Al reclamar una revisión del Artículo 5, estoy recogiendo un tema que estaba en el centro del pensamiento progresista durante la primera parte del siglo XX. Véase, por ejemplo, Herbert Croly, *Progressive Democracy*, Nueva York, The Macmillan Company, 1914, pp. 229-236.

Conclusión

El primer capítulo trataba de teoría constitucional y este segundo de historia constitucional. Los dos eran bosquejos que dependían críticamente de detalles aún no suministrados. Pero no es demasiado pronto para ver que los dos se alimentan mutuamente en un esfuerzo acumulativo para redescubrir el carácter distintivo de nuestra Constitución.

Empecemos por constatar que ambas críticas derivan de un mismo diagnóstico de la situación moderna: la sabiduría «sofisticada» está desconectada de las raíces dualistas de la Constitución. Desde una perspectiva teórica, esta desconexión se manifiesta en el intento moderno de desplazar el dualismo por uno u otro ideal constitucional de manufactura extranjera, ya sea la democracia monista, el fundacionalismo de los derechos, el incrementalismo burkeano, etc. Desde una perspectiva histórica, esta pérdida se expresa por medio de una narrativa profesional que reconoce solo a regañadientes el aspecto más característico de la empresa dualista: el proceso de producción normativa de carácter superior por medio del cual los movimientos políticos obtienen en última instancia la autoridad constitucional para promulgar nuevas leyes en nombre de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos. Si bien los juristas y jueces modernos todavía reconocen que los propios Padres Fundadores fueron constitucionalmente creativos al establecer su autoridad para hablar por el Pueblo, relegan incluso a los movimientos constitucionales más creativos de épocas posteriores a un papel menor, en la medida en que el carácter transformador de la política constitucional del siglo XX está completamente disimulado por un mito del redescubrimiento.

No podemos permitirnos que se nos etiquete como epígonos desarraigados de unas eras pretéritas de creatividad constitucional. Al cotejar los documentos originales que nos han legado los Federalistas de la Fundación, los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal*, tendremos los recursos para contarnos a nosotros mismos un relato diferente, una historia en la que el proyecto dualista de producción normativa de carácter superior iniciado en la Fundación fue creativamente adaptado, una y otra vez, por los estadounidenses de generaciones posteriores que lucharon para conseguir, y a veces consiguieron, la autoridad constitucional para hablar en nombre de Nosotros, el Pueblo.

De acuerdo con este punto de vista de nuestra historia constitucional, la teoría dualista deviene algo más que un ejercicio académico. Solamente discutiendo todos juntos sobre los valores más profundos de la democracia dualista podemos reflexionar sobre el mejor modo de proseguir el permanente compromiso estadounidense con la producción normativa

de carácter superior. Negarse a entrar en esta conversación es una opción; una opción de permanecer en silencio mientras las aspiraciones propias de la República de Estados Unidos se pierden entre las brumas de la historia antigua.

3
UNA CONSTITUCIÓN, TRES REGÍMENES

Hacia una perspectiva de régimen

El último capítulo cuestionaba los términos básicos con los que los jueces y juristas modernos entienden los tres grandes momentos decisivos de la historia constitucional: la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal*. La sabiduría profesional presenta estos periodos en orden descendente de creatividad constitucional: la Fundación fue creativa tanto en el proceso como en la sustancia; la Reconstrucción fue creativa solo sustantivamente; el *New Deal* no fue en absoluto creativo. Para concretar la idea, nos referiremos a esta narrativa como una narrativa de dos soluciones, ya que reconoce solamente a la Fundación y a la Reconstrucción como fuentes de nuevas soluciones constitucionales. Por mi parte, yo propondré una narrativa de tres soluciones, en la que tanto los Republicanos de la Reconstrucción como los Demócratas del *New Deal* se equiparan a los Federalistas de la Fundación en la creación de nuevos procesos de producción normativa de carácter superior y de soluciones sustantivas en nombre de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos.

Una revisión de acuerdo con estos criterios tendrá consecuencias prácticas importantes, porque cambiará la forma en la que los jueces deciden una pléyade de casos concretos. No estoy sugiriendo que los jueces del futuro tengan que abandonar su forma habitual de pensar simplemente debido a un prurito de modernidad académica. Los juristas modernos tendrán que revisar la narrativa profesional existente solamente si, tras sumergirse en las fuentes históricas, se dan cuenta de lo mucho que han suprimido del pasado constitucional contándose a sí mismos la familiar narrativa de dos soluciones; tendrán que estar convencidos de que una narrativa de tres soluciones hace mucha más justicia tanto a los hechos distintivos como a las aspiraciones democráticas de la Fundación, la Reconstrucción y el *New Deal*. Esta tarea específica requerirá un enorme trabajo de análisis y estudio de las fuentes originales.

No obstante, solo será la primera fase de un proceso más amplio de revisión narrativa. Si reinterpretamos los tres puntos de inflexión decisivos, podemos inaugurar un nuevo punto de vista sobre el conjunto de nuestro pasado constitucional. Introduzco esta empresa mayor en lo que resta de esta parte describiendo los regímenes constitucionales específicos inaugurados por cada una de las tres grandes transformaciones. Tras unas observaciones orientativas, este capítulo empieza con un bosquejo de la República Temprana, señalando la matriz distintiva de las instituciones de gobierno y los valores fundamentales que organizaron la vida política desde 1787 hasta 1860. El capítulo siguiente sigue con un bosquejo de la República Media, que nace durante la Reconstrucción y perdura hasta la Gran Depresión. La primera parte de este libro concluye con dos capítulos que tratan del régimen moderno en el que vivimos actualmente.

En este recorrido general me planteo tres objetivos. El primero es ir más allá del punto de vista centrado en los tribunales que aqueja a la narrativa profesional moderna. Juristas y jueces tienen que resistir la tentación de hacer del Tribunal Supremo el alfa y la omega. La unidad básica de análisis debería ser el *régimen constitucional*, la matriz de las relaciones institucionales y de los valores fundamentales que normalmente se consideran como el punto de partida de la vida política normal[1]. El reto es aprehender las formas específicas en que las instituciones importantes (Cámara, Senado, Presidente, estados, votantes, partidos políticos) interactuaban unas con otras en cada uno de los regímenes constitucionales. Solo entonces podremos evaluar el papel del Tribunal Supremo en cada época concreta.

Este enfoque holístico tiende puentes a los politólogos, historiadores y filósofos con los que los juristas tendrían que colaborar para alcanzar una comprensión más profunda del pasado estadounidense. Mientras la historia constitucional se conciba como el estudio de las opiniones judiciales, el terreno legal parecerá arcano e intimidante a aquellos que tienen un interés más general en la vida política estadounidense[2]. Una vez que la

---

[1] Al caracterizar la historia estadounidense como una serie de regímenes específicos, comparto un empeño común con otros autores. Véase, por ejemplo, Theodore Lowi, *The Personal President: Power Invested, Promise Unfulfilled*, Ithaca y London, Cornell University Press, 1985, caps. 2-5; Stephen Skowronek, *Building a New American State: The Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 19-46, 285-292. Con este esfuerzo intento integrar diversas ideas importantes de los estudiosos de las «elecciones críticas» en la historia estadounidense. Véase Walter Burnham, *Critical Elections and the Mainsprings of American Politics*, Nueva York, W. W. Norton and Co., 1970; James Sundquist, *Dynamics of the Party System: Alignment and Realignment of Political Parties in the United States*, Washington, DC, The Brookings Institution, 1983 (ed. rev.).

[2] Hablando en general, éste es el principal defecto del proyecto de historia constitucional más importante de nuestro tiempo, la monumental *History of the Supreme Court* editada por Paul Freund para de The Holmes Devise. Como sugiero en las notas a pie de página, estoy en deuda con estos volúmenes. No obstante, el hecho de centrarse tan exclusivamente en las opiniones del Tribunal Supremo los condena a una audiencia demasiado restringida.

narrativa profesional se vuelve más consciente de la relación existente entre las decisiones del Tribunal Supremo y el carácter cambiante del régimen constitucional, los estudiosos de la Presidencia, o del Congreso, o de los partidos políticos, o de la filosofía política, verán con mayor claridad cómo sus preocupaciones se cruzan con las de juristas y abogados. En vez de generar una serie interminable de monografías limitadas, los especialistas en diversas disciplinas podrían verse a sí mismos como colaboradores de un campo más general de estudios constitucionales, explorando la forma en que la experiencia estadounidense respecto a la política constitucional ha cambiado (o no ha conseguido cambiar) el contexto institucional y los valores fundamentales de la democracia dualista.

Además de hacer gestos en esta dirección interdisciplinaria, mi segundo objetivo será convencer a juristas y jueces de que adopten la perspectiva de régimen, mostrando concretamente cómo esta proporciona nuevos recursos para la resolución de problemas clásicos de la doctrina jurídica. Esta obra utiliza prolijamente la concepción del Tribunal Supremo introducida en el primer capítulo. Contra los monistas, he negado que la revisión judicial sea presuntamente antidemocrática solo porque priva al Congreso de la autoridad plena para aprobar las normas que quiera. Contra los fundacionalistas, he negado que el Tribunal Supremo esté propiamente por la labor de utilizar los métodos de la filosofía para elaborar derechos humanos fundamentales válidos para todo tiempo y todo lugar. Su trabajo es, por el contrario, preservar las soluciones de la norma de carácter superior alcanzadas por el Pueblo contra su erosión durante los periodos de política ordinaria.

La identificación de la *función conservacionista* del Tribunal Supremo suscitó claramente muchas más preguntas de las que respondí: ¿cómo ha de hacer su trabajo de interpretación de las soluciones constitucionales del pasado? ¿Tiene siquiera sentido pensar en la «interpretación constitucional» como una actividad disciplinada de acuerdo con sus propios criterios de lo que es un buen o un mal argumento, así como obediente a su propia demanda de integridad? ¿O se trata tan solo de un juego mistificador que oculta los compromisos políticos ordinarios de quienes participan en el mismo?

Estas cuestiones son absolutamente fundamentales para la evaluación de la empresa dualista que se hará el lector. Si «interpretación constitucional» es el nombre que se da a una estafa política, más vale que deje de leer ahora mismo este libro. El dualismo presupone la posibilidad de interpretación. Deber implica poder: si la interpretación es imposible, el dualista no debería exigir a los políticos del presente que se sometan a las (inexistentes) «interpretaciones» de los logros constitucionales del pasado del pueblo estadounidense. Lo aconsejable sería, en cambio, renunciar al dualismo y

recuperar las categorías convencionales del debate constitucional: o bien el monismo está en lo cierto al condenar al Tribunal Supremo como una institución antidemocrática, o lo está el fundacionalista al insistir en que sería preferible que los magistrados se convirtieran en buenos filósofos si han de elaborar la naturaleza de los derechos humanos fundamentales, o lo está el burkeano al sugerir…[3].

El dualista no puede sino alegrarse, por lo tanto, al ver que hoy en día son cada vez más los que se toman en serio la idea de interpretación[4]. Mi propia contribución será menos abstracta que la mayoría de intentos más recientes. Estos se han ocupado sobre todo de cuestiones fundacionalistas suscitadas por la idea misma de interpretación ¿Tiene sentido? ¿A qué se parece? ¿Por qué es tan valiosa? Mis preocupaciones serán más concretas. Me propongo examinar los dos siglos que tenemos de práctica en la interpretación constitucional. Incluso si la «interpretación» tiene sentido como empresa abstracta, ¿no habrán sido un poco chapuceros los juristas estadounidenses a la hora de llevarla a cabo, tan chapuceros como para generar un corrosivo escepticismo acerca de la capacidad de nuestros tribunales para cumplir la función conservacionista que les asigna la teoría dualista?

Si, por el contrario, los tribunales han hecho un buen trabajo de interpretación constitucional, la cuestión del dualismo puede verse bajo una luz muy diferente. El complejo diseño teórico de la doble vía ya no parecerá uno de esas ocurrencias que no van a ninguna parte. Pese a las dificultades, los tribunales han ideado una forma práctica de mantener los valores de la política constitucional frente a la erosión de la política normal. Esta conclusión tendrá una importancia especial para los profesionales encargados de hacer funcionar la maquinaria correctamente. Si el Tribunal Supremo ha hecho un esfuerzo de buena fe en la interpretación constitucional durante los dos últimos siglos, ¿no tienen sus magistrados mucho que aprender de esta experiencia para continuar su misión conservacionista durante el próximo siglo?

Esta cuestión motiva una tercera razón para proponer una perspectiva de régimen, una perspectiva más crítica que constructiva. Mi intención es exponer cómo la narrativa profesional dominante bloquea nuestra comprensión

---

[3] Véase el capítulo 1, pp. 25-43.

[4] Véase, por ejemplo, Philip Bobbitt, *Constitutional Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1991; Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990; Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, 1986; Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham y Londres, Duke University Press, 1989; Owen Fiss, «Objectivity and Interpretation», *Stanford Law Review*, vol. 34, 1982, p. 739, y la crítica de sus argumentos en Stanley Fish, «Fish v. Fiss», *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 1325. Una interesante serie de ensayos es la reunida en «Interpretation Symposium», *Southern California Law Review*, vol. 58, 1985. Para una perspectiva escéptica, véase M. Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, cit.

histórica de los esfuerzos interpretativos de generaciones pasadas. Este relato de dos soluciones reconoce explícitamente la división tripartita que estableceré entre los regímenes temprano, medio y moderno. Solo que también subordina anacrónicamente su comprensión de los periodos tempranos para satisfacer la necesidad moderna de legitimar el *New Deal* mediante un mito de redescubrimiento. Como todos los anacronismos, éste nos impide ver los rasgos realmente distintivos de prácticas interpretativas tempranas que podrían ser relevantes para nosotros hoy en día, pese a que nuestro régimen constitucional tenga unas características muy diferentes.

Considérese, por ejemplo, cómo la narrativa profesional moderna se centra en unas cuantas opiniones relativamente nacionalistas de Marshall y Story en su análisis de la ley de la República Temprana[5]. Esto permite a la profesión pretender que el *New Deal* simplemente había redescubierto la Sabiduría de la Fundación acerca del gobierno nacional intervencionista pero tergiversa profundamente el carácter de la República Temprana. Los Padres Fundadores crearon el régimen menos nacionalista, no el más nacionalista, de nuestra historia; y cuanto más tiempo sobrevivió la República Temprana, menos nacionalista fue[6]. El Tribunal Supremo de John Marshall libró una batalla de retaguardia para preservar el nacionalismo cauteloso de los Federalistas de la Fundación frente a las tendencias descentralizadoras del primer régimen constitucional. Esta reinterpretación no solo desacredita el mito del redescubrimiento mediante el cual encubrimos la creatividad constitucional del *New Deal*, sino que deja claro que los Federalistas de la Fundación hubiesen rechazado rotundamente muchas de las innovaciones constitucionales de los defensores del *New Deal*. También nos permite formular nuevas preguntas sobre el Tribunal Supremo de John Marshall: ¿por qué y cómo consiguió preservar un cierto grado de nacionalismo frente a las tendencias descentralizadoras del régimen temprano? ¿No podemos tal vez aprender algo de este esfuerzo marshalliano de preservación que sigue siendo relevante hoy? ¿Podemos afirmar, clara y contundentemente, de qué modos difiere, pese a estar relacionada, la concepción interpretativa avanzada por John Marshall en la

[5] Véase, por ejemplo, Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Nueva York, The Foundation Press, 1985, 11ª edición, pp. 1-104, que introduce la Constitución mediante una serie de opiniones del Tribunal Supremo presidido por John Marshall (1801-1835). La estructura de la narrativa profesional dominante es tal vez más visible en libros como el de Gunther, que se utilizan en los cursos de primer año de las Facultades de Derecho para introducir a los estudiantes en el enfoque «profesional» del derecho constitucional. Dado que el libro de Gunther ha dominado el mercado durante una generación, es un documento especialmente valioso a efectos de ilustración.

[6] Un buen esbozo del régimen temprano en diferentes fases de su desarrollo puede verse en James Young, *The Washington Community*, 1800-1828, Nueva York, Columbia University Press, 1966; en Richard McCormick, *The Second American Party System*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1966; y en William Freehling, *The Road to Disunion: Secessionists at Bay*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.

República Temprana del problema de la interpretación al que se enfrentan los tribunales modernos en el mundo posterior al *New Deal*?

Adoptaré un enfoque similar respecto a la norma constitucional de la República Media. La narrativa profesional actual mistifica esta era de un modo aún más completo del que oscurece el periodo anterior a la Guerra Civil. A los juristas modernos se les enseña a desestimar como esencialmente carente de valor el esfuerzo interpretativo que hizo el Tribunal Supremo durante el largo periodo de supremacía republicana que discurre desde 1869 hasta 1932. El impulso anacrónico es obvio. Solo estigmatizando a la República Media como un periodo oscuro, pueden los juristas considerar los años de la década de 1930 de la forma requerida por el mito del redescubrimiento. Solamente si el Tribunal Supremo de la década de 1930 estuvo completamente equivocado, puede la Revolución Rooseveltiana ser presentada como una revolución que solo requería que los magistrados redescubriesen la antigua sabiduría del Tribunal de Marshall.

Esta mirada desdeñosa a la República Media separa y priva a los juristas modernos de una tercera parte de nuestra historia legal como pueblo. El periodo es aún más importante en el desarrollo del Tribunal Supremo. Durante la República Temprana, el Tribunal Supremo invalidó tan solo dos normas nacionales, una disposición jurisdiccional menor en el caso *Marbury v. Madison* y el esfuerzo histórico del Congreso de comprometer el estatus de los estadounidenses negros en el caso *Dred Scott v. Sandford*. Solo durante la República Media empezó el Tribunal Supremo a revisar la constitucionalidad de la legislación nacional de un modo regular; el alcance y la intensidad de su examen de la legislación estatal también aumentaron espectacularmente. Aunque las doctrinas constitucionales del periodo medio eran muy diferentes de las modernas, fue durante esta época cuando la revisión judicial empezó a parecerse a la práctica actual ¿No es pues lamentable que nos privemos de una fuente de ideas tan potencialmente positiva para resolver nuestros propios dilemas interpretativos?

No pretendo argumentar a favor de un regreso a los «viejos tiempos» del constitucionalismo del laissez-faire[7]. Busco más analogías inspiradoras que argumentos de autoridad indiscutibles. Desde muchos puntos de vista, los Nueve Hombres de Negro de la era republicana se parecen muchísimo a sus homólogos más recientes ¿Acaso no tienen algo importante que enseñarles a ellos (y también a todos nosotros) aparte de lo estúpidos que pueden ser los jueces y de lo equivocados que pueden estar?

---

[7] Incluso los reaccionarios que anhelan la vuelta de los «viejos tiempos» de Lochner reconocen, aunque a regañadientes, que ya no volverán. Véase Richard Epstein, «The Proper Scope of the Commerce Power», *Virginia Law Review*, vol. 73, 1987, pp.1358, 1454-1455.

Y sin embargo, mientras no rechacemos el mito del redescubrimiento del *New Deal* y adoptemos la teoría de los tres momentos de la creación constitucional, los jueces modernos serán incapaces de abordar esta cuestión en serio. Para poner a prueba esta hipótesis, compárese la forma en que se enseña a los abogados modernos a considerar casos constitucionales famosos de las Repúblicas Temprana y Moderna. Para nuestros propósitos actuales, las decisiones más notorias resultan ser también las más instructivas: contrástese la interpretación moderna de la decisión del Tribunal en 1857, antes de la Guerra Civil, de negar la ciudadanía estadounidense a los negros en *Dred Scott v. Sandford*[8] con la decisión del Tribunal republicano, en 1905, de rechazar la legislación que limitaba el horario laboral en *Lochner v. New York*[9].

Desde un punto de vista moral, *Dred Scott* es la peor mácula en la accidentada historia del Tribunal Supremo. La simple idea de que el Tribunal pudiese declarar que excluía *para siempre* de la ciudadanía estadounidense a unas personas negras *libres* sigue siendo, más de 130 años después, una terrible reprimenda a nuestra Constitución. Comparado con esto, incluso *Lochner v. Nueva York* parece un error moral más modesto. Sin embargo, juzgado desde otros baremos, *Lochner* ocupa un lugar mucho más elevado en la escala de cerrilidad moral. Para la inmensa mayoría de estadounidenses de hoy en día, la denuncia constitucional en el caso *Lochner* de una ley sobre el horario laboral que impedía por ejemplo a los panaderos trabajar más de 60 (¡!) horas a la semana resulta algo de otro planeta. Seguimos otorgando un valor enorme al derecho que tiene cada estadounidense de decidir libremente este tipo de cuestiones profesionales básicas. Cincuenta años después del *New Deal*, sin embargo, creemos que hay algunas cosas que los trabajadores no tendrían que verse obligados a negociar, como la exigencia de un patrón de que acepten la subordinación racial o sexual y mucho menos el miserable ultraje de la explotación extrema. La mayoría de nosotros no creemos que deba permitirse a los empresarios poner estas humillantes demandas sobre la mesa de la negociación. Respaldamos las garantías legales que tienen los trabajadores de ciertos derechos básicos antes de sentarse a la mesa de negociación para discutir de una forma digna otras condiciones laborales. Si bien el alcance apropiado de estas garantías básicas es objeto de un interminable debate democrático, el intento de *Lochner* de sacar el tema de la agenda de la política ordinaria parece una solución ideológicamente extrema a un problema multifacético. Aunque algunos libertarios crean que el *laissez-faire* sigue siendo la mejor forma de abordar la cuestión de las relaciones laborales, muy pocos de ellos dejan de constatar que otros pueden, de un modo razonable y responsable, tener

---

[8] Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
[9] Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

opiniones diferentes. Esto es lo que tengo en mente cuando digo que, de acuerdo con los baremos actuales, *Lochner* es moralmente cerril y *Dred Scott* es moralmente inocuo.

Y sin embargo, cuando un juez moderno considera estos casos desde un punto de vista legal y no moral, aplica un cambio, sutil pero revelador, en sus criterios de evaluación profesional. Sin dejar de reconocer la iniquidad moral que representa el caso *Dred Scott,* el juez moderno es perfectamente capaz de considerar que el presidente del Tribunal Supremo Roger B. Taney pudo haber tenido motivos legalmente plausibles para tomar una decisión moralmente lamentable. Es posible que, al investigar las fuentes legales, un jurista minucioso llegue a la conclusión de que la decisión de Taney fue legalmente errónea además de moralmente escandalosa; o tal vez no. ¿Es posible que los estadounidenses tuviesen realmente que librar una Guerra Civil antes de que los negros pudieran convertirse en ciudadanos de Estados Unidos?

Una cosa está clara. Cuando planteo estas cuestiones a estudiantes de derecho o a jueces veteranos, no encuentro excesivas resistencias a explorarlas. En cambio, los jueces modernos sí oponen resistencia a la sugerencia de que *Lochner* podría haber sido una decisión legalmente plausible en 1905, incluso aunque sostengan que fue una decisión moralmente obtusa más que paradigmáticamente malvada. El motivo no es difícil de averiguar. Como tipos prácticos que son, mis interlocutores juristas son perfectamente conscientes de que el *status* de *Lochner* tiene unas implicaciones para el Derecho constitucional actual muy diferentes de las que tiene *Dred Scott*. Por lo que respecta a este último, no hay absolutamente nada que hoy tenga importancia legal que dependa de si el juez Taney tenía razón respecto al estatus de los negros en 1857. Incluso si la opinión legal de Taney hubiese sido plausible antes de la Guerra Civil, dejó de ser derecho vigente en 1868, cuando la Decimocuarta Enmienda declaró: «Todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos, y sometidas a su jurisdicción, son ciudadanos de Estados Unidos y del estado en el que residen».

Al reconocer el aspecto creativo de los logros de los republicanos, el jurista moderno puede distanciarse críticamente de las decisiones del poder judicial anteriores a la Guerra Civil. Una vez que determina que, gracias a los Republicanos de la Reconstrucción, *Dred Scott* ya no es una ley válida, no está obligado a menospreciar al Tribunal Taney de 1857 para convencerse de que los negros son efectivamente ciudadanos de la República Moderna. Puede en cambio contemplar a los jueces anteriores a la Guerra Civil con un espíritu muy diferente. Al fin y al cabo, Taney y sus colegas no eran tan diferentes de los jueces que les sucedieron. En vez de considerarlos como unos inadaptados morales, ¿no podemos verlos como

jueces que trataban de hacer su trabajo lo mejor posible, de una forma no tan distinta de como lo hacen los jueces modernos?

Un libro como *Justice Accused*[10], de Robert Cover, sugiere lo gratificante que puede llegar a ser esta indagación. Y sin embargo, cuando nos fijamos en la opinión mayoritaria del juez Peckham en *Lochner v. New York*, nuestra teoría oficial del pasado nos prohíbe hacer un esfuerzo similar de imparcialidad crítica. Si un jurista moderno contempla seriamente la posibilidad de que *Lochner* fuese legalmente plausible cuando se tomó la decisión en 1905, el mito imperante acerca del *New Deal* le impide tratar su sentencia de la forma legalmente imparcial con la que trata el caso *Dred Scott*. Dado que el mito del redescubrimiento del *New Deal* le dice que no se creó nada fundamentalmente nuevo en la década de 1930, no puede librar a los estadounidenses de hoy del fantasma de *Lochner* del mismo modo que lo hace con *Dred Scott*, es decir, indicando la existencia de un periodo subsiguiente de creatividad constitucional que repudió los principios justificadores del viejo caso. Por lo que se refiere a *Lochner*, en cambio, la teoría oficial de nuestro pasado nos lleva a limitar nuestra elección a dos alternativas extremas[11]: o bien *Lochner* fue una decisión errónea en 1905 y el Estado intervencionista moderno es constitucionalmente legítimo o fue una decisión correcta y ¡el Estado intervencionista moderno es inconstitucional!

En la medida en que los juristas modernos se limitan a estas escuetas alternativas, no tiene nada de extraño que elijan sin dudar defender al moderno Estado intervencionista al precio de mirar con malos ojos a los jueces de la República Media como unos ineptos o algo peor. Como personas prácticas que son, los juristas modernos admiten que los estadounidenses *sí* reconocen al Estado intervencionista como constitucionalmente legítimo y que el Tribunal Supremo cometería un suicidio institucional si optase por librar de nuevo la batalla *lochneriana* contra el moderno Estado del bienestar. Si para expresar esta verdad tienen que vilipendiar a la mayoría de los magistrados de la época republicana, este parece un precio intelectual lamentable (pero totalmente asequible) para pagar una sólida cimentación del moderno gobierno intervencionista.

Solo cuestionando el mito del redescubrimiento podemos contemplar seriamente una tercera opción interpretativa. Una vez que reconocemos que los Demócratas de la década de 1930 llevaron con éxito al pueblo estadounidense a aceptar en su norma de carácter superior nuevos principios

[10] Robert Cover, *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1975.

[11] En la medida en que respetemos, cosa que yo hago, el principio de stare decisis, esto es, el principio de respeto de los precedentes judiciales dotados de autoridad.

y prácticas intervencionistas, podemos tratar el caso *Lochner* de la misma forma legalmente imparcial con que tratamos el caso *Dred Scott*. Ya no es necesario menospreciar la jurisprudencia de la República Media para afirmar el moderno Estado intervencionista. *Lochner* podía haber sido constitucionalmente plausible en 1905; fue únicamente en la década de 1930 cuando el pueblo estadounidense repudió decididamente los principios del *laissez-faire*. Dicho esto, podemos empezar a reinterpretar el camino seguido por la ley desde 1868 a 1937 con un nuevo espíritu. Es verdad que los principios sustantivos articulados durante la era republicana ya no nos obligan en el periodo moderno; no obstante, ¿acaso los juristas modernos no pueden aprender mucho, metodológicamente hablando, del esfuerzo hecho por el Tribunal republicano para cumplir con sus responsabilidades interpretativas?

Podemos empezar a mirar a los jueces republicanos no como parias, sino como jueces cuyas decisiones difieren de la jurisprudencia moderna en gran parte porque *la Constitución que ellos estaban interpretando era, de una manera importante, diferente de la Constitución transformada que nos ha legado el New Deal*. Esta conclusión prepara el camino a una confrontación inicial con la ley de la República Moderna. Si estoy en lo cierto, la nueva concepción de las Repúblicas Temprana y Media nos proporcionará ideas muy valiosas respecto al Tribunal Supremo moderno. Para presentar mi argumento, en el capítulo final de esta parte, invito al lector a releer las opiniones a favor del Tribunal en los casos *Brown v Board Council y Griswold v Connecticut* desde la perspectiva ofrecida por una narrativa revisada de tres soluciones.

El régimen federalista de la república temprana

El plan de la Fundación

Una mirada inicial a las instituciones de la República Temprana sugiere una fácil familiaridad: Cámara, Senado, Presidente, Tribunal Supremo, estas etiquetas siguen con nosotros hoy en día. Y sin embargo no podemos dejarnos engañar por ellas. La generación de la Fundación tenía una concepción radicalmente diferente de cada una de estas instituciones. Solamente guardándonos de anacronismos en todo momento podemos aprehender el carácter distintivo del régimen republicano temprano; y solamente entonces podemos empezar a vislumbrar el sentido complejo con el que continúa durante dos siglos nuestro proyecto constitucional.

Empecemos por la Presidencia. Para nosotros, la elección del Presidente es una ocasión para el debate más concentrado sobre nuestro futuro como nación. A diferencia de los aspirantes a otros cargos, cada candidato

presidencial se siente obligado a elaborar una visión programática para los próximos cuatro años, aunque no tenga ningún programa. La campaña electoral procede a través de una serie de debates, primero entre los aspirantes a candidato de cada partido y luego mediante una serie culminante de debates entre los candidatos demócrata y republicano. No tiene nada de extraño que el vencedor afirme invariablemente tener un «mandato» del Pueblo respecto a las principales ideas que ha desarrollado durante la campaña. La Presidencia se ha convertido en un cargo plebiscitario, la plataforma desde la cual el vencedor busca persuadir al Congreso de que apoye el «mandato» que ha recibido de los votantes promulgando la legislación apropiada[12].

Con independencia de lo que permanezca oscuro en este sistema moderno, una cosa tiene que quedar clara: existe pese a las intenciones en contra de la Convención de Filadelfia. Los Padres Fundadores eran perfectamente conscientes de que los estadounidenses desconfiaban de los poderes ejecutivos fuertes después de la experiencia que habían tenido con Jorge III. Su estudio de la historia antigua subrayaba el peligro de que un Presidente demagógico pudiese desestabilizar la República y tratar de convertirse en rey. En vez de considerar la lucha por la presidencia como una ocasión para movilizar el apoyo de las masas respecto a unos ideales programáticos, los Padres Fundadores diseñaron el sistema de selección con unos propósitos muy diferentes. Hoy consideramos el Colegio Electoral como un anacronismo, en el mejor de los casos, o como una peligrosa bomba de relojería en el peor, una bomba que puede explotar adjudicando la Casa Blanca al candidato que ha perdido el voto popular. Para sus artífices, el Colegio Electoral era un ingenioso dispositivo para evitar la Presidencia plebiscitaria. Pretendía alentar la selección del hombre con un pasado más distinguido al servicio de la República. La virtud republicana, no la demagogia populista, tenía que ser el requisito principal[13].

---

[12] Sobre los diferentes aspectos de esta transformación, véase James Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, Princeton, Princeton University Press, 1979, pp. 170-353; Samuel Kernell, *Going Public: New Strategies of Presidential Leadership*, Washington, DC, Congressional Quarterly Press, 1986; Th. Lowi, *The Personal President: Power Invested, Promise Unfulfilled*, cit.; Benjamin Page, *Choices and Echoes in Presidential Elections: Rational Man and Electoral Democracy*, Chicago, Chicago University Press, 1978. La noción misma según la cual el Presidente tendría que empezar cada sesión legislativa presentando un programa exhaustivo es una innovación de la República Moderna. Véase Richard Neustadt, «Presidency and Legislation: Planning the President's Program», *American Political Science Review*, vol. 49, 1955, p. 980.

[13] Véase J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., pp. 41-83; *The Federalist*, núm. 68 (A. Hamilton), C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 414: «No es ninguna exageración decir que habrá una constante probabilidad de ver el puesto ocupado por unos personajes preeminentes por su habilidad y su virtud». Richard McCormick, *The Presidential Game*, Nueva York, Oxford University Press, 1982, pp. 7, 16-27, subraya el deseo de los Padres Fundadores de asegurar la independencia del ejecutivo frente a la influencia popular.

Indudablemente, la presencia de George Washington en la Convención ayudó tanto a los delegados como al pueblo en general a pensar el cargo de este modo. Washington era la elección obvia para Presidente pero no porque George, en colaboración con sus asesores de prensa, diseñase una serie de promesas de campaña que el pueblo encontraría irresistibles. Washington obtendría el apoyo de los Electores porque su pasado al servicio de la República le había destacado como la personalidad republicana más grande de su tiempo. Su pasado servicio al país garantizaba a sus compatriotas que utilizaría el formidable poder de la Presidencia para apuntalar a la república, no para desestabilizarla[14].

El cambiante punto de vista sobre la Presidencia se expresa más concretamente por medio del instrumento constitucional que le confiere influencia sobre el futuro curso de la legislación: el veto. Los presidentes de hoy utilizan su poder de veto para promover sus ambiciones programáticas. Siempre que piensan que la Cámara Baja o el Senado han hecho una mala política, no tienen reparo en utilizar el veto para obligarles a reconsiderar la cuestión. Esta liberalidad en el uso del veto hace de la Presidencia el equivalente funcional de una tercera cámara de la asamblea legislativa.

Esta no era la forma en que funcionaba el veto en la República Temprana. Los primeros seis presidentes vetaron en total nueve proyectos de ley; John Adams, Thomas Jefferson, James Monroe y John Quincy Adams no vetaron ninguno. Hablando en términos generales[15], estos raros ejercicios pueden dividirse en dos categorías, ambas de carácter defensivo. A veces el Presidente lo utilizaba para defender su cargo, particularmente su papel como Comandante en Jefe, vetando leyes por motivos militares. La mayor parte del tiempo defendía la Constitución, mediante el uso de un veto que se asemejaba mucho a dictámenes jurisprudenciales. Este

---

[14] Véase J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., cap. 1. Para un perspicaz estudio del ideal inicial no partidista de la Presidencia, inspirado en el rey patriota de Bolingbroke, véase Ralph Ketcham, *Presidents above Party: The First American Presidency, 1789-1829*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1989, pp. 89-140. La extraordinaria supervivencia de este ideal, con algunas notables excepciones, a lo largo del siglo XIX, la sugiere Jeffrey Tulis en *The Rhetorical Presidency*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 25-93.

[15] Véase Charles Black, «Some Thoughts on the Veto», *Law and Contemporary Problems*, vol. 40, núm. 2, 1976, pp. 87, 89-91. Hay dos probables excepciones: una de ellas, la maniobra dilatoria de Madison en la discusión de una ley sobre la inmigración, se basaba en una objeción de conveniencia, no política. Madison pensaba que la ley permitiría muchos fraudes y firmó una ley enmendada en la siguiente sesión. La otra es la del veto de Madison a una ley que preveía la creación de un segundo banco de Estados Unidos. El mensaje implícito en el veto presidencial, sin embargo, no reclama la prerrogativa más amplia de rechazar la legislación por motivos políticos. El veto se basaba en el temor de Madison a que el banco propuesto no aportase apoyo financiero suficiente en caso de guerra. Dado el contexto de la guerra con Inglaterra que Madison tenía en mente, el profesor Black tiene razón cuando sugiere que «sin forzar demasiado las cosas, [podemos considerar que] este veto está relacionado con la protección del papel del Presidente como Comandante en Jefe y con el ejercicio efectivo de este poder», *ibid.*, pp. 90-91.

uso restrictivo del veto encaja cómodamente con el punto de vista de la Fundación sobre el cargo: dado que se suponía que el Presidente se ganaba la Casa Blanca debido a su servicio en el pasado, era impensable que reclamase que su (inexistente) «mandato» le permitiera transformar su cargo en el equivalente funcional de una tercera cámara de la asamblea legislativa[16].

Si, por lo tanto, la Presidencia no tenía que servir como foro principal para futuras apelaciones al Pueblo, ¿qué instituciones se suponía que *tenían* que cumplir esta función? La Cámara y el Senado, por supuesto. Sin embargo, una vez más, se trataba de una Cámara y de un Senado diferentes a los que conocemos hoy en día. Para nosotros, la Cámara de Representantes es la más localista de las instituciones nacionales; esperamos de cada uno de sus miembros que se ocupe preferentemente de los problemas e intereses más limitados de su distrito en particular[17], mientras que el Presidente trata de persuadir a la Cámara para que adopte un punto de vista más amplio del interés nacional. En cambio, los Padres Fundadores tenían unas expectativas diferentes por lo que respecta a los miembros de la Cámara de Representantes. Esta se parecía a la Cámara de los Comunes inglesa, que tradicionalmente había servido como portavoz del país frente a la corte. Entonces era la única parte del gobierno directamente elegida por los ciudadanos de Estados Unidos. Por ello se esperaba que fuese la institución que expresase el lado más nacionalista de la vida republicana temprana. El Senado, en cambio, era elegido por la asamblea legislativa de cada estado. Aunque el mandato de seis años otorgaba a los senadores una mayor independencia deliberativa de la que disfrutaban sus colegas de la Cámara Baja, la forma en que eran designados hacía de ellos una especie de embajadores de sus estados respectivos que controlaban las tendencias nacionalistas de la Cámara[18].

---

[16] El veto ejecutivo se discute solo una vez en *The Federalist Papers*. En *The Federalist*, núm. 73, Hamilton ofrece dos razones: principalmente, proteger el cargo de la intrusión legislativa; secundariamente, proporcionar una forma de control contra leyes incorrectas aprobadas a causa de la «pasión» o de la discusión entre facciones en la asamblea legislativa. Aunque la definición que hace Hamilton de lo que es una «ley incorrecta» es muy imprecisa, no consideraba el veto como un instrumento para promover programas surgidos de «mandatos» presidenciales. Al contrario, el veto se presenta como un recurso que permite a un poder ejecutivo independiente y neutral impedir la aprobación de una legislación mal planteada por los partidarios de los movimientos populares en el Congreso. Hamilton también sugiere que los Presidentes utilizarían el veto raramente, una creencia después confirmada por las acciones de los primeros ocupantes del cargo. Véase la nota 15 y *The Federalist*, núm. 73 (A. Hamilton), C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 442-447.

[17] David Mayhew, *Congress: The Electoral Connection*, New Haven, Yale University Press, 1974, proporciona el mejor análisis de los impulsos localistas que encuentran su máxima expresión en la Cámara.

[18] A diferencia de la Cámara «nacional», «el Senado derivará su poder de los estados como sociedades políticas e iguales en importancia, que serán representados sobre la base del principio de igualdad…». *The Federalist*, núm. 39 (J. Madison), C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 244. *The Federalist*, núm. 62, sugiere que el Senado actuaría como depositario del interés del estado frente a una Cámara más nacionalista: «Puede señalarse que el voto igual de cada estado es a la vez un reconocimiento constitucional de la porción de soberanía que siguen teniendo los

Todo esto se había revertido al llegar el siglo XX. Esperamos de los senadores que adopten una perspectiva más amplia, más nacionalista, que el típico representante de la Cámara, si bien la parcialidad de cada senador respecto a su propio estado todavía hace que sea una figura relativamente provinciana comparada con un Presidente plebiscitario que constantemente explica que él es el único funcionario elegido por todos los estadounidenses (aunque esto no es técnicamente cierto porque el Colegio Electoral no ha sido abolido).

Podemos consolidar estas conclusiones comparándolas con la discusión del capítulo anterior sobre el sistema de enmienda constitucional de la Fundación[19]. Veíamos allí que el esquema de la Fundación tenía tres rasgos básicos. El primero y más importante era el federalismo: el gobierno nacional, por sí solo, no podía enmendar la Constitución, independientemente de la urgencia con que pudiese desear su reforma; una enmienda solo podía ganarse la autoridad que le conferíamos Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos si tres cuartas partes de los Estados prestaban independientemente su consentimiento,. El segundo era el monopolio concedido a las asambleas legislativas en el proceso de deliberación constitucional: ni el poder ejecutivo ni el poder judicial podían reclamar un papel en el proceso por el cual el Pueblo cambiaba su norma de carácter superior. El tercero, y el menos original, era que se esperaba que ni las proclamas presidenciales ni las opiniones de los tribunales tuviesen un papel central en la codificación de la nueva norma superior. Antes bien, las codificaciones figurarían como «enmiendas» agregadas al cuerpo original del texto.

Una vez eliminados los anacronismos, estas tres premisas pueden considerarse también como la guía del sistema de la Fundación en el proceso legislativo normal. Las normas ordinarias no requerían, obviamente, la aprobación directa de las asambleas estatales como sí la requerían las enmiendas constitucionales. Pero tenían que ser revisadas por un cuerpo de embajadores senatoriales de los estados. De modo parecido, la existencia de un poder de veto presidencial privaba innegablemente a las asambleas legislativas del monopolio que tenían sobre la producción normativa de carácter superior. De todos modos, dada la comprensión restrictiva del veto, las asambleas legislativas tenían un papel preponderante tanto en la producción normativa de carácter ordinario como en la de carácter superior. Una y otra eran procesos federalistas y dirigidos

---

estados individuales, y un instrumento para preservar esta soberanía residual […]. Ninguna ley o resolución puede ahora ser aprobada sin la concurrencia, primero, de una mayoría del pueblo, y segundo, de una mayoría de los estados», *The Federalist*, núm. 62 (J. Madison), *ibid.*, p. 378. De modo parecido, Publius arguye que la Cámara, no el Senado, debería elegir al Presidente cuando el Colegio Electoral llegase a un punto muerto, teniendo en cuenta que la Cámara es la rama «más popular» del gobierno. *The Federalist*, núm. 66 (A. Hamilton), *ibid.*, pp. 403-404. Véase también William Riker, «The Senate and American federalism», *American Political Science Review*, vol. 49, 1955, p. 452.

[19] Véase cap. 2, pp. 65-68.

por las asambleas. Un éxito en la senda de la producción normativa de carácter superior sería codificado en un documento de aspecto legislativo calificado de «enmienda»; un éxito en el camino ordinario sería codificado en forma de «ley».

Jefferson, Jackson, y el ascenso de la Revisión Judicial

Este pulcro sistema no sobrevivió a la generación de la Fundación. Los contendientes: Thomas Jefferson y los republicanos demócratas de la década de 1790. Como es sabido, consideraban que Washington y Adams seguían políticas que traicionaban los ideales de la Revolución Americana. El programa de política interior de Hamilton les parecía un esfuerzo transparente encaminado a conseguir para el gobierno nacional el apoyo de las elites mercantiles, un intento inspirado por el éxito de la Corona inglesa en el siglo XVIII para corromper al cuerpo político. Esta tendencia hacia el despotismo centralizador solo se vio confirmada por la inclinación federalista a favor de la monarquía inglesa en la gran guerra precipitada por la Revolución Francesa. En vez de corresponder al apoyo decisivo que Francia había dado a nuestra propia Revolución, los federalistas parecían haberse propuesto imitar a la monarquía inglesa tanto en casa como en el extranjero. Utilizando una palabra muy del agrado de los jeffersonianos, el gobierno central estaba dominado por unos monócratas que estaban debilitando peligrosamente los fundamentos constitucionales de la libertad republicana[20].

Al presentar este diagnóstico, los jeffersonianos estaban revitalizando (y no por última vez) el espíritu dualista del constitucionalismo estadounidense: en este sentido, presentaban al partido gobernante como un puñado de políticos normales que corrompían el sistema americano y se presentaban a sí mismos como los líderes de un movimiento popular de ciudadanos despiertos decididos a renovar y a redefinir los valores constitucionales en nombre de Nosotros, el Pueblo. A efectos de lo que nos interesa aquí, lo decisivo no es lo que dijo Jefferson, sino cómo propuso impulsar el movimiento constitucional. El plan de la Fundación contemplaba al menos dos opciones. Por un lado, los jeffersonianos podían tratar de obtener la ratificación de las enmiendas constitucionales que negaban elementos clave del programa hamiltoniano (como el Banco de Estados Unidos); por otro lado, podían hacer campaña con fuerza en las elecciones nacionales y estatales con objeto de obtener una mayoría en el Senado y en la Cámara Baja. Esto bloquearía una posterior elaboración del peligroso programa de los monócratas.

---

[20] Para un relato reflexivo sobre esta cuestión, véase Lance Banning, *The Jeffersonian Persuasion*, Ithaca, Cornell University Press, 1978, pp. 94-302; Richard Hofstadter, *The Idea of a Party System*, Oakland, University of California Press, 1969, cap. 3.

Los jeffersonianos se sintieron disuadidos de transformar las elecciones presidenciales de 1800 en un referéndum sobre su movimiento constitucional. Y sin embargo, este fue precisamente el camino que tomó Jefferson. De manera nada sorprendente, el esfuerzo por transformar la Presidencia en un cargo plebiscitario topó con todo tipo de dificultades estructurales y provocó varias crisis constitucionales. Lo más importante es que Jefferson consiguió (hasta cierto punto, al menos) obtener la aprobación pública para su punto de vista de que su victoria presidencial era un «mandato» para la visión constitucional republicana. Esta transformación de la Presidencia, a su vez, tuvo dos importantes consecuencias estructurales en el régimen.

La primera tenía que ver con la elección del Presidente[21]. El éxito de Jefferson al transformar el proceso en una batalla entre dos movimientos populares y dos ideales políticos en conflicto era contradictorio con el diseño original del Colegio Electoral. De este modo, la «Revolución de 1800» de Jefferson precipitó la aprobación de la Duodécima Enmienda en 1804 para acomodar (de modo imperfecto) el régimen constitucional de la Fundación a la emergente realidad presidencial.

La segunda tenía que ver con la insistencia del Tribunal Supremo en 1803 en afirmar sus poderes de revisión judicial en Marbury v Madison[22]. La presente narrativa centrada en el Tribunal considera esta gran decisión de una de estas dos maneras posibles. O bien el observador busca la jurisprudencia más temprana para encontrar precedentes ingleses y estadounidenses para procedimientos judiciales del tipo de Marbury, o bien nos invita a considerar el caso como un testimonio de la inventiva y del sentido político de Marshall (o también pueder mezclar estos dos enfoques de una u otra forma)[23]. Si bien hay algo que aprender, por supuesto, de cualquiera de estos dos planteamientos tradicionales, la perspectiva del régimen es más enriquecedora.

Empecemos por tomarnos en serio la opinión de Marshall en *Marbury*. Constituye un esfuerzo minuciosamente consciente de fundamentar el ejercicio de la revisión judicial en la teoría democrática dualista, destacando la función conservacionista que he enfatizado. Así, Marshall no acepta la afirmación monista de que el Tribunal sufre una «dificultad de contradecir a la mayoría» cuando ejerce su poder de revisión judicial. Tampoco intenta, con el fundacionalista, invocar la capacidad del Tribunal para

---

[21] La mejor discusión sobre este tema se encuentra en J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., cap. 2

[22] Marbury v. Madison, 5 U.S. (I Cranch), 137 (1803).

[23] Compárese, por ejemplo, el enfoque legalista de Julius Goebel en su *History of the Supreme Court of the United States: Antecedents and Beginnings*, Nueva York, The Macmillan Co., 1971, pp. 50-142, 778-784, con el tratamiento político de A. Bickel, *The Least Dangerour Branch*, cit., pp. 1-14.

entender las leyes eternas de la naturaleza, la razón o la justicia. Afirma que la Constitución tiene un estatus legal superior en virtud de su aprobación por el Pueblo. Hasta que un movimiento constitucional enmiende con éxito nuestra norma de carácter superior, la tarea del Tribunal es preservar los juicios del Pueblo frente a su erosión por parte del proceso de producción normativa de carácter ordinario.

Pero hay algo más en *Marbury* que la afirmación consciente por parte de Marshall de la teoría dualista de la revisión judicial. En una segunda parte (más larga) de la opinión, Marshall se enfrenta a la Presidencia y trata de poner a Jefferson en el lugar constitucional que le corresponde. El resultado es un notable encontronazo con algunas de las implicaciones constitucionales de la transformación que lleva a cabo Jefferson de la Presidencia como punta de lanza de su «Revolución de 1800». Esta parte relativamente desatendida de *Marbury* plantea una de las principales cuestiones que vamos a explorar en este libro: ¿cómo ha de responder la Constitución estadounidense al ascenso de la Presidencia plebiscitaria, si tenemos en cuenta que no desempeñaba ningún papel en el diseño original de la Fundación?

Pero Marshall no era el único que estaba lidiando con esta cuestión. Jefferson era parte no menos interesada en ella. De manera nada sorprendente, su respuesta era radicalmente distinta. En lo relativo a la Presidencia, el Tribunal Marshall trataba de sabotear la decisión del Pueblo de rechazar la visión constitucional de los Federalistas eligiendo a Jefferson en vez de a Adams en 1800. Rechazaba la idea de que su Administración debía subordinarse a la interpretación que hacía Marshall de la Constitución federalista de 1787. Proponía subordinar el Tribunal a la interpretación que hacían los de su «Revolución de 1800». Para cumplir con su objetivo, Jefferson se embarcó en un asalto en varios flancos al poder judicial federalista, incluida una campaña para impugnar a jueces federalistas y sustituirlos por jueces que codificasen el significado de la Revolución de 1800 en un conjunto apropiado de dictámenes judiciales[24].

Esta encarnizada batalla temprana marcó el inicio de una dinámica constitucional muy diferente a los mecanismos dirigidos por la asamblea que los Fundadores habían situado en el centro de la República. Bajo este esquema de liderazgo presidencial, un Presidente plebiscitario reivindica un mandato del Pueblo para una interpretación revisada de la Constitución; en vez de tratar de codificar esta visión en una serie de enmiendas formales, pretende obtener la aprobación del Congreso para unas medidas encaminadas a transformar la composición del Tribunal Supremo, con la

[24] Véase George Haskins y Herbert Johnson, *History of the Supreme Court of the United States: Foundations of Power, John Marshall 1801-1815*, Nueva York, The Macmillan Co., 1981, caps. 5,7.

intención de codificar la ascendente visión presidencial en unos dictámenes históricos redefinitorios de los parámetros de la doctrina constitucional.

No quiero dar demasiada importancia a este ejercicio jeffersoniano. Especialmente cuando comparamos a Jefferson con futuros presidentes plebiscitarios, constatamos que Jefferson no pregonó a bombo y platillo su papel como tribuno popular. Trabajó entre bastidores, utilizando a los-Republicanos del Congreso como portavoces. Aunque esta táctica llevó constantemente a sus oponentes a discursear contra la duplicidad jeffersoniana, dio también credibilidad a la concepción de la Fundación como un proceso legislativo en el que el Presidente desempeñaba un papel secundario[25]. Además, Jefferson no tuvo éxito en su campaña de purgar al Tribunal Supremo federalista mediante la impugnación de sus miembros; aún peor, observó con una amarga desilusión cómo sus propios candidatos judiciales no consiguieron contrarrestar el liderazgo de Marshall en el Tribunal.

Con Madison y Monroe, además, el sistema se acercó más a las expectativas de la Fundación. Ninguno de ellos obtuvo la Presidencia movilizando el apoyo de sus compatriotas en una encarnizada batalla contra sus oponentes ideológicos. Llegaron al cargo a la manera de la Fundación, en virtud del buen servicio que habían prestado a la República desde la Revolución. En general, la Presidencia plebiscitaria no es un tema central durante la primera generación de la República. El centro del régimen siguieron siendo los procesos federalistas y parlamentarios de la producción normativa de carácter ordinario y superior descritos en la Fundación. Habiendo sobrevivido a la crisis jeffersoniana, además, el Tribunal Marshall utilizó las presidencias de Madison y Monroe para elaborar una interpretación conservacionista de su misión. En cuanto a Marshall, la estricta visión construccionista que tenían los jeffersonianos de los derechos de los estados en la Constitución no tenía que comprometer al poder judicial. La labor del Tribunal, en cambio, consistía en ampliar los valores federalistas que Nosotros, el Pueblo habíamos establecido en 1787.

Resumiendo brutalmente, el Tribunal proseguía sus actividades conservacionistas en dos frentes. Me referiré a uno de ellos como la estrategia del poder y al otro como la estrategia de los derechos. El primero, ejemplificado en *McCulloch v. Maryland*[26], defendía un enfoque nacionalista de los poderes no enumerados otorgados al Congreso por la Constitución original y presentaba al Tribunal como un agresivo guerrero contra los intentos del estado de debilitar el ejercicio del Congreso de dichos

[25] Véase, por ejemplo, R. Ketchan, *Presidents above Party: The First American Presidency, 1789-1829*, cit., pp. 108-113, donde argumenta de modo convincente que pese a su papel como líder del partido, Jefferson conservó, tanto en su actividad oficial como en su concepción personal, los aspectos más importantes del ideal no partidista de los Federalistas.
[26] McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat), 316, 1819.

poderes. El segundo, ejemplificado por *Dartmouth College v. Woodward*[27], insistía en que la Constitución original garantizaba los derechos fundamentales de los ciudadanos contra la violación por parte de los estados en no menor medida que por parte del gobierno nacional. El ejemplo paradigmático de estos derechos protegidos, sin embargo, era muy diferente de los consagrados en la ley de la República Moderna. En un momento en que la esclavitud y el *establishment* religioso eran aspectos aceptados del gobierno estatal, el Tribunal Supremo temprano no distinguía valores como la igualdad o la libertad de conciencia para protegerlos de la intrusión del Estado. *Dartmouth College* se centraba en el valor del contrato como un ejemplo central de derechos fundamentales.

Los fallos de *McCulloch* y *Dartmouth College* se produjeron en 1819, durante la presidencia de Monroe, el último héroe revolucionario que llegó a la Casa Blanca. Cuando la generación de la Fundación se extinguió, el problema de la Presidencia empezó una vez más a aquejar a la República: ¿había miembros en la siguiente generación cuyos pasados servicios fuesen tan distinguidos como para que el Colegio Electoral pudiese fiablemente recompensarlos escogiéndoles para la Casa Blanca? ¿Se colmaría el hueco con nuevos presidentes plebiscitarios?

Al igual que en 1800, las elecciones de 1824 generaron una crisis en el Colegio Electoral que reflejaba este dilema mayor: ningún candidato obtuvo la mayoría necesaria y la elección quedó en manos de la Cámara de Representantes. La victoria resultante de John Quincy Adams sobre Andrew Jackson sugirió una posible solución al problema de la elección presidencial. Adams era no solo un distinguido funcionario, sino también un retoño de la tradición revolucionaria por nacimiento y educación. Si la Presidencia tenía que permanecer fiel a la concepción de los Fundadores, era difícil encontrar un candidato más apropiado.

Pero la victoria inicial de Adams resultó ser un intento fallido. A la larga, los posteriores triunfos de Jackson fueron más instructivos. Aunque su fama se basó inicialmente en su victoria sobre los británicos en la Batalla de Nueva Orleans, el éxito de Jackson en la política presidencial fue acompañado de un gran número de nuevos temas plebiscitarios. El aumento de las convenciones para la designación presidencial y el triunfo del sufragio universal para los varones blancos estaba convirtiendo al Colegio Electoral en un gesto vacío: los electores de cada estado iban a parar al partido que conseguía más votos[28]. Con la ayuda de Martin van Buren[29], Jackson

---

[27] Darmouth College v. Woodward 17 U.S. (4 Wheat), 518, 1819.

[28] Sobre la historia temprana de las convenciones para la designación de candidatos, que culmina con la nominación demócrata de Jackson en 1831, véase James Chase, *Emergence of the Presidential Nominating Convention 1789-1832*, Urbana, University of Illinois Press, 1973.

[29] Véase J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., cap. 3

construyó un nuevo sistema de partidos políticos que le permitía ahondar en el precedente plebiscitario dejado por la presidencia de Jefferson[30]. Una vez más, la Presidencia sirvió de centro institucional en un intento de llevar al gobierno estadounidense en la dirección de más democracia y más derechos para los estados, haciendo avanzar el proceso más de lo que había podido hacer Jefferson[31].

Pero no sin la resistencia de instituciones conservacionistas como el Tribunal Supremo. Contra las iniciativas más descentralizadoras de los jacksonianos, el ulterior Tribunal de Marshall continuó defendiendo la concepción de la Unión más nacionalista de los Federalistas. El mensaje que transmitía el veto de Jackson denunciando la constitucionalidad del Banco de Estados Unidos adquiere toda su importancia frente a las anteriores decisiones del Tribunal Supremo, que defendían una lectura expansiva de los poderes enumerados[32]. La negativa de Jackson a impedir la expulsión masiva de Georgia de nativos americanos adquirió todo su horrible significado solo por oposición a la reafirmación que hizo el Tribunal Supremo del interés federal en la protección de los derechos estipulados en los tratados con los nativos americanos[33]. Para bien o para mal, el Tribunal de Marshall y la presidencia jacksoniana quedaron atrapados en un proceso dialéctico más general[34], gracias al cual el pueblo estadounidense pudo escuchar los dos lados del debate constitucional mientras procedían a revisar su identidad política.

Mientras los jacksonianos seguían ganando respaldo electoral para su visión estatal-centralista de una democracia de varones blancos, su relación con el Tribunal entró en una nueva fase. Ya no se conformaban con utilizar su control sobre la Presidencia y el Congreso para proyectar una visión constitucional opuesta a la del Tribunal de Marshall. Al igual que los

---

[30] «No fue en absoluto accidental que el primer Presidente que rompió decisivamente con la costumbre de atribuir su elección, al tomar posesión del cargo, a un designio, modesta y abstractamente afirmado, de la Providencia y de sus conciudadanos, y que declaró que había sido llevado al cargo "por la voluntad del pueblo americano" fuese Andrew Jackson, recién salido de la dolorosa batalla partidista sobre su política bancaria en 1832»: Daniel Rodgers, *Contested Truths: Keywords in American Politics Since Independence*, Nueva York, Basic Books, 1987, p. 89.

[31] Aunque, por supuesto, no tanto como deseaban los extremistas sureños.

[32] El texto del veto cita McCulloch v. Maryland y nunca cuestiona directamente la construcción más amplia de Marshall de la cláusula «necesaria y apropiada». El Presidente arguye que la opinión de Marshall dejaba al Presidente y al Congreso la cuestión de si el banco era «necesario y apropiado». Su resolución de que el banco no era necesario le autorizaba a vetar el proyecto de ley por inconstitucional. Véase *A Compilation of Messages and Papers of the President*, J. Richardson ed., vol. 3, 1897, p. 1139.

[33] Véase Worcester v. Georgia, 31 U.S. (6 Pet.), 515 (1832), cuya relación con la presidencia Jackson la discute a fondo G. Edwards White en su *History of the Supreme Court of the United States: The Marshall Court and Cultural Change*, Nueva York, Macmillan, 1988, pp. 715-739.

[34] Estoy omitiendo otra parte importante de la historia en la que la Presidencia y el estado de Carolina del Sur eran los protagonistas de una lucha para definir los límites de la descentralización.

jeffersonianos antes que ellos, Jackson y Van Buren trataron de alterar la composición del Tribunal para convertirlo en una plataforma para elaborar la concepción jacksoniana de la República. En este empeño tuvieron más éxito que sus predecesores. El plan de impugnación de Jefferson fracasó y sus tres nombramientos en el Tribunal Supremo pusieron de manifiesto una decepcionante tendencia a respaldar el intento de Marshall de preservar los valores constitucionales federalistas. En cambio, Jackson y Van Buren consiguieron llenar cinco escaños del Tribunal Supremo entre 1835 y 1837, que se había ampliado a consecuencia de los fallecimientos y del éxito obtenido por los jacksonianos a la hora de aumentar el número de magistrados de siete a nueve.

Las ambiciones transformadoras de los jacksonianos fueron acertadamente simbolizadas cuando la muerte de John Marshall les permitió nombrar a Roger Taney como nuevo presidente del Tribunal Supremo en 1836[35]. El nombramiento de Taney fue una recompensa por los valiosos servicios prestados para destrozar la iniciativa del Second Bank of the United States, ese gran legado del pasado federalista cuya existencia fue renovada durante la Administración de Madison. Recién salidos de su lucha contra el banco, Taney y sus compañeros jacksonianos no perdieron el tiempo y se dispusieron a revisar la estructura constitucional de la República. Durante el mandato de 1837, el Tribunal de Taney modificó decisivamente el doble intento del Tribunal de Marshall de limitar el poder del estado en nombre de la autoridad nacional y de los derechos individuales. Haciendo caso omiso de las grandilocuentes discrepancias del colaborador de Marshall, Joseph Story, la nueva mayoría jacksoniana se alejó de los grandes precedentes del Tribunal de Marshall de 1819. En contraste con *McCulloch*, *New York v. Miln* dio a los estados un margen de libertad para definir su política interior respecto al comercio interestatal a expensas de la autoridad nacional[36]; en contraste con *Dartmouth College*, *Charles River Bridge v. Warren Bridge* dio a las nuevas democracias jacksonianas un margen similar de libertad para promover su desarrollo económico a expensas de algunos derechos contractuales adquiridos[37]. Para quienes vivieron estos acontecimientos, 1837 fue experimentado como un punto de inflexión que representó el éxito de la presidencia jacksoniana de incorporar una nueva visión más descentralizada y populista de la República en la norma suprema del país[38].

---

[35] Los hechos resumidos en este párrafo los desarrolla Carl Swisher en *History of the Supreme Court of the United States: The Taney Period*, Nueva York, The Macmillan Company, 1974, pp. 15-127.
[36] New York v. Miln, 36 U.S. (II Pet), 102 (1837).
[37] Charles River Bridge v. Warren Bridge, 36 U.S. (II Pet.), 420 (1837).
[38] Sobre el impacto que produjo en un participante comprometido, véase R. Kent Newmeyr, *Supreme Court Justice Joseph Story*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1985, pp.196-235.

Tendremos que esperar un siglo antes de que esta precisa secuencia se despliegue una vez más en el centro de la escena constitucional. En 1937, al igual que en 1837, el Tribunal Supremo ejecutaría un «cambio a tiempo» similar, pasando de oponerse a respaldar la nueva visión constitucional proclamada desde la Casa Blanca. Pero es importante no caer en anacronismos: aunque la victoria de los jacksonianos sobre el Tribunal de Marshall es uno de los grandes precedentes de la transformación de Roosevelt durante la década de 1930, hay diferencias importantes entre ellas. La fundamental es que la presidencia jacksoniana no inauguró la transformación *radical* que relaciono con los grandes cambios de régimen en la historia de Estados Unidos. Efectivamente, 1837 marcó el punto álgido en las actividades revisionistas del Tribunal. Con el paso de los años, el Tribunal de Taney fue revelando cada vez más en qué medida estaba dispuesto, también él, a preservar buena parte del legado federalista del Tribunal de Marshall, incluso dando su apoyo a Joseph Story en su introducción de nuevas formas nacionalistas de intervención judicial en los asuntos de los estados[39].

Por el contrario, 1937 no fue sino el comienzo de un rechazo radical de los principales precedentes de la «era *Lochner*». Dado el carácter radical de esta empresa judicial en curso, los magistrados del *New Deal* nunca colaboraron con las reliquias judiciales del régimen republicano de la misma forma que los jacksonianos encontraron puntos en común con Joseph Story. A comienzos de la década de 1940, el Tribunal presidido por Harlan Fiske Stone estaba tratando la era jurisprudencial precedente como si hubiese sido decisivamente repudiada por el pueblo estadounidense. El Tribunal presidido por Roger Taney nunca supuso que la revisión constitucional articulada por los jacksonianos fuera tan lejos.

Para entender por qué la presidencia jacksoniana resultó ser menos transformadora, hemos de dejar a un lado los tribunales y adoptar una perspectiva más amplia del régimen. La clave aquí son las muy diferentes visiones constitucionales adoptadas por las presidencias jacksoniana y rooseveltiana. Dicho de una forma concisa: los jacksonianos eran descentralizadores, los rooseveltianos centralizadores. Esta diferencia de filosofía constitucional determinó la medida en que cada uno de los dos movimientos utilizaría la Presidencia como puente de mando desde el que proceder a un cambio decisivo de régimen.

Téngase en cuenta que la Presidencia es nuestro cargo más nacionalista cuando se utiliza con fines plebiscitarios: dada la desintegración del Colegio Electoral original, el Presidente es la única persona elegida por *todo* el pueblo de Estados Unidos y puede, por consiguiente, reivindicar que posee un «mandato» del conjunto de la nación. La forma nacionalista

---

[39] Swift v. Tyson, 41 U.S. (16 Pet.) I, 1842.

del mandato presidencial, sin embargo, no casa muy bien con el contenido descentralizador del mandato avanzado por los jacksonianos (y por los jeffersonianos antes que ellos). Cuanto más éxito tenían estos descentralizadores desplazando nuestra norma superior en la dirección de los derechos de los estados, menos apropiado parecía que el cargo más nacionalista del gobierno nacional tuviese un papel destacado en futuros ejercicios de producción normativa de carácter superior. En suma, los experimentos jeffersoniano y jacksoniano con la Presidencia plebiscitaria tendían a debilitar su ininterrumpida legitimidad, reforzando en cambio la visión de la Fundación como un proceso legislador parlamentario y federalista.

Por el contrario, el uso que hizo Roosevelt de la Presidencia para llevar al Congreso, a los votantes y, a la larga, al Tribunal a una nueva visión del gobierno nacional intervencionista generó una dinámica constitucional muy diferente. Mientras que la respuesta del Tribunal al liderazgo presidencial en 1837 hizo que futuros ejercicios de liderazgo pareciesen menos apropiados, la respuesta del Tribunal en 1937 hizo que el liderazgo presidencial pareciese más central; dado el carácter dominante del gobierno nacional intervencionista después de 1937, ¿no era apropiado que el único cargo elegido para el ámbito nacional tuviese un papel de liderazgo más primordial? Además, dada la variedad de poderes nacionales legitimados en 1937, el Presidente dispondría de muchos más recursos para lograr eficacia política. En cambio, los programas de descentralización de Jefferson y Jackson privaron al gobierno nacional de instituciones clave (como el Banco de Estados Unidos) que, de otro modo, habrían dado al Presidente mayor influencia y poder para llevar a cabo su visión programática.

Así, no es ninguna sorpresa que el uso triunfante que hizo Jackson de la Presidencia no inaugurase una era de liderazgo presidencial. En vez de desempeñar el papel central en la siguiente gran crisis constitucional (la batalla sobre la esclavitud después de la guerra contra México), la Presidencia adoptó un papel subordinado respecto al Congreso y sobre todo respecto al Senado federalista, buscando un compromiso para preservar la Unión. Serían los senadores Clay, Webster y Calhoun quienes conseguirían el Gran Compromiso de 1850; y el senador Douglas quien lo anularía con la Ley Kansas-Nebraska.

Como sabe cualquier estudiante de instituto, la subsiguiente serie de violentos conflictos entre estados esclavistas y antiesclavistas conocida como *Bleeding Kansas* catalizó la formación del Partido Republicano, que tendría una intervención muy destacada en el cuarto gran movimiento constitucional de nuestra historia. Igual que los Federalistas de la Fundación pero a diferencia de los Demócratas jeffersonianos y jacksonianos, los Republicanos pretendían empujar al sistema en una dirección nacionalista y defensora de los derechos. En este momento, sin embargo,

nos encontramos con una de las numerosas paradojas de la historia constitucional: cuando el movimiento republicano fue tomando impulso durante la década de 1850, pudo aprovechar la transformación de la Presidencia impulsadas por los jeffersonianos y los jacksonianos, quienes hubieran reaccionado horrorizados ante las afirmaciones nacionalistas de los Republicanos. Sin embargo, estas primeras generaciones habían sembrado las semillas de la Presidencia plebiscitaria; era, pues, lógico que los Republicanos utilizasen el cargo al servicio de unos objetivos sustantivos radicalmente diferentes.

El éxito de los Republicanos en la elección de Lincoln en 1860 marcó el final de la República Temprana y el inicio de una sangrienta batalla por el régimen o los regímenes que iban a sucederla, pero no sin que antes se produjese el desesperado esfuerzo de Roger Taney para preservar la visión jacksoniana de la República, una visión que insistía en la supremacía del hombre blanco sobre los de raza negra o roja[40]. Para quien tiene, como yo, una visión que hace hincapié en la función conservacionista del Tribunal, el intento de Taney de representar esta visión racista en Dred Scott es una experiencia realmente aleccionadora que nos obliga a reconocer las limitaciones morales fundamentales del tipo de revisión judicial propuesta por la teoría de la democracia dualista. Pero, con toda claridad, éste es un tema demasiado complejo para abordarlo en este esbozo introductorio[41].

Sea cual sea el juicio final que nos merezca Taney, *Dred Scott* cumplió unas funciones constitucionales muy diferentes de las que tenía Taney como objetivo. La resolución pretendía unir al país en la defensa de la vieja visión jacksoniana de una democracia descentralizada de hombres blancos. *Dred Scott* enfatizaba, en cambio, el lado oscuro de la visión jacksoniana para la nueva generación de estadounidenses: ¿era la visión jacksoniana de una democracia esclavista descentralizada lo suficientemente buena?

Dred Scott obligó a los protagonistas de todos los bandos a afrontar esta cuestión con suma seriedad. El desafío dialéctico del Tribunal de Taney puede explorarse mejor a través de los debates Lincoln-Douglas de 1858 que tuvieron lugar poco después. Ni Lincoln ni Douglas aceptaban *Dred Scott* como si fuese la última palabra[42]. El caso espoleó a los dos políticos a explicar con más detalle su propia contravisión constitucional. El resultado paradójico del intento de Taney fue que el Lincoln republicano surgió

---

[40] Véase, por ejemplo, el notable relato de Michael Rogin en *Fathers and Children: Andrew Jackson and the Subjugation of the American Indian*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1975.

[41] Aunque discrepo de algunas de sus premisas interpretativas, el mejor libro sobre el tema es el de Don Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 1978.

[42] El mejor libro sobre este debate es el de Harry Jaffa, *Crisis of the House Divided*, Chicago, Chicago University Press, 1959.

como una figura convincente. El intento de Douglas de confrontar *Dred Scott* solo hizo que le fuera más difícil conseguir el apoyo de un Partido Demócrata unido en las siguientes elecciones presidenciales. En vez de reactivar la confianza en la visión jacksoniana, Taney había contribuido a la desintegración del partido de Jefferson y Jackson. Con los Demócratas divididos entre candidatos del Norte y del Sur en 1860, el republicano Abraham Lincoln llegó a la Casa Blanca con menos del 40 por 100 del voto popular. A diferencia de las anteriores victorias de Jefferson y Jackson, este uso plebiscitario de la Presidencia marcó efectivamente el comienzo del fin de la República Temprana.

4
LA REPÚBLICA MEDIA

Ideales constitucionales, realidades institucionales

El nuevo régimen republicano era más nacionalista que su predecesor federalista. La Decimocuarta Enmienda de los Republicanos se abre proclamando, por primera vez en nuestra historia, que la ciudadanía nacional es primaria y la ciudadanía estatal secundaria en la identidad política de cada estadounidense.

El proceso mismo por el cual estas palabras llegaron a formar parte de la Constitución subrayó la nueva fundación nacionalista de la República. Como hemos explicado en el capítulo 2, los oponentes trataron de rechazar la Decimocuarta Enmienda invocando el veto que otorgaba la Constitución original a una cuarta parte de los estados, pero los Republicanos se negaron a permitir que ese veto prosperara. En vez de seguir las reglas federalistas para las enmiendas constitucionales, ratificaron la Decimocuarta Enmienda de un modo nuevo que expresaba la nueva importancia que los estadounidenses otorgaban a las instituciones nacionales. Después de la Guerra Civil, Nosotros, el Pueblo de Estados *Unidos* reconstruimos el proceso mismo de la producción normativa de carácter superior para dejar claro que la voluntad de la nación era independiente de (y superior a) la voluntad de los estados[1].

Este nuevo nacionalismo estaba relacionado con un renovado interés por la libertad individual. Esta preocupación era evidente en la Fundación, sobre todo en la Carta de Derechos adoptada para limitar la acción del gobierno nacional. Por lo que respecta a los estados, en cambio, los Federalistas se mostraron más cautelosos: si bien negaban la autoridad del gobierno nacional para instaurar una religión, no cuestionaban la autoridad de las instituciones religiosas de los estados para reducir los derechos fundamentales de conciencia; incluso esta concesión al autoritarismo palidecía al ser comparada con la pacífica coexistencia de los Fundadores con

[1] Véase el capítulo 2, pp. 65-68.

el esclavismo. Aparte de determinadas garantías mínimas contra el abuso del derecho penal, el texto de la Fundación solo identificaba un área de la libertad individual frente a la interferencia arbitraria del Estado. El apartado décimo del Artículo 1 prohíbe a los estados «alterar las obligaciones contractuales». Marshall utilizó este texto como fundamento de una jurisprudencia orientada a los derechos en el caso *Dartmouth College* pero este intento relativamente cauteloso de constreñir a los estados se vio debilitado por el cambio jacksoniano desde el Tribunal de Marshall al Tribunal presidido por Taney[2].

Solo teniendo en cuenta este contexto es posible apreciar completamente el alcance de la transformación republicana. Las nuevas enmiendas abolían la esclavitud, garantizaban «los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos», la «igual protección» y el «proceso con las debidas garantías legales» y salvaguardaban el derecho de voto contra la discriminación racial: nuestros modernos desacuerdos acerca del preciso significado de algunas de estas disposiciones no debería cegarnos ante el gigantesco salto que dio la República al nacionalizar la protección de los derechos individuales frente a las interferencias de los estados.

Para situar en su contexto esta transformación, piénsese en ella como una limitación de la forma en la que la República Media conjuntó tres de los términos básicos que reaparecían una y otra vez en el discurso constitucional: nación, estado, individuo. Antes de la Guerra Civil, el valor relativo que la Constitución otorgaba a la autonomía del estado respecto a los otros dos términos fundamentales era un asunto abierto a debate: ¿era la ciudadanía estatal más importante que la nacional? ¿Era la soberanía de los estados más importante que la protección de los derechos individuales? Si bien los participantes en este debate discrepaban sobre las respuestas concretas a estas preguntas, todos coincidían en que eran cuestiones discutibles. Después de la Guerra Civil, los Republicanos habían llevado al Pueblo a resolver estas cuestiones de un modo decisivo, sustituyéndolas por problemas nuevos. La cuestión ya no era si la soberanía de los estados era más importante que los derechos individuales, sino qué derechos individuales eran lo suficientemente fundamentales para ser merecedores de protección nacional. Como siempre, esta pregunta generaba respuestas diferentes pero los Republicanos habían cambiado decisivamente la *problemática constitucional* de un modo que desequilibraba el discurso constitucional, obligando incluso a los más devotos partidarios de los derechos de los estados a reconocer que durante la Reconstrucción había pasado algo muy importante. Este cambio de

[2] Véase el capítulo 3, pp. 101-102.

problemática legitimó rápidamente una penetración sin precedentes de los tribunales federales en ámbitos en los que los estados habían sido previamente libres de tomar decisiones exclusivamente en función de su propia autoridad. Desde muy pronto, esto comportó no solo la protección de la libertad individual, sino también la revisión judicial de decisiones estatales que podían afectar al desarrollo económico[3].

El impacto del nacionalismo republicano sobre el carácter básico de la Cámara, el Senado y la Presidencia no fue tan directo. Basándose en anteriores logros plebiscitarios de Jefferson y de Jackson, los Republicanos se habían catapultado hasta el centro de la escena política eligiendo a Abraham Lincoln para la presidencia en 1860. La centralidad constitucional de la Presidencia se vio realzada no solo por las exigencias de la guerra, sino también por la extraordinaria capacidad que tenía Lincoln para personificar a la Unión y la evolución de su relevancia moral. El martirio de Lincoln realzó todavía más la centralidad simbólica del cargo, y preparó el terreno para el intento histórico que hizo Andrew Johnson de llevar la Presidencia plebiscitaria a unas cotas hasta entonces jamás alcanzadas. Tras intervenir de forma decisiva a favor de la Decimotercera Enmienda, Johnson dio marcha atrás y utilizó la Presidencia como punta de lanza de un vasto movimiento popular contra la Decimocuarta. El ejercicio de liderazgo presidencial de Johnson desempeñó un rol fundamental en la nacionalización del proceso de producción normativa de carácter superior, obligando a los Republicanos a desarrollar el modelo de liderazgo del Congreso que ya he esbozado[4].

De momento, lo más importante que podemos decir acerca del esfuerzo de Johnson es que no prosperó. En vez de llevar al Pueblo a rechazar la Decimocuarta Enmienda, las actividades de Johnson provocaron finalmente su *impeachment* en 1868 y empañaron durante mucho tiempo ejercicios similares de liderazgo presidencial. El potencial plebiscitario de la Presidencia se vio aún más debilitado por la crisis constitucional provocada por la elección de Hayes-Tilden en 1876, en la que el demócrata Tilden ganó el voto popular y el republicano Hayes solo pudo mantener el control sobre la Casa Blanca abandonando los compromisos republicanos con los Republicanos negros del Sur. A partir de entonces, el principal foro para la política ordinaria de la República Media sería el Congreso, no la Presidencia. Solo cuando los Republicanos de la Reconstrucción

---

[3] Una generación antes de Lochner, los tribunales federales ya intervenían para controlar el proceso por el cual los estados financiaban el desarrollo del ferrocarril. Véase, por ejemplo, Gelpke v. Dubuque, 68 U.S. (I Wall.), 1964, p. 175; Charles Fairman, *History of the United States Supreme Court: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, Parte Primera, Nueva York, The Macmillan Company, 1971, pp. 918-1116.

[4] Véase el capítulo 2, pp. 46-47. El análisis de este debate constitucional será el eje del siguiente volumen.

empezaron a abandonar el escenario, empezó la Presidencia plebiscitaria a reafirmarse como una realidad constitucional importante[5].

Las elecciones de 1896 marcaron un hito: al igual que Jefferson, Jackson y Lincoln, William Jennings Bryan se presentó como el líder de un movimiento populista que había dado un nuevo significado político a uno de los mayores partidos estadounidenses. La única diferencia es que Bryan perdió, y perdió claramente, ante McKinley, lo que llevó a una reorganización del sistema de partidos que incrementó enormemente la ventaja de los Republicanos[6]. Este *momento constitucional fallido* pudo haber debilitado aún más la Presidencia plebiscitaria de no ser por otra bala asesina, que permitió a Theodore Roosevelt, un republicano de una región y unas convicciones ideológicas muy diferentes, conquistar la Casa Blanca[7]. Enfrentándose a la fuerte oposición del Congreso republicano, Roosevelt trató de explotar la Presidencia como «púlpito», con un éxito más bien escaso en lo que respecta a la actividad legislativa del Congreso. Sin embargo, su presidencia representa un punto de inflexión: tras ser el centro de la fallida política plebiscitaria de una generación, la Casa Blanca estaba habitada una vez más por una persona cuyo empeño en llevar al pueblo estadounidense a un «trato justo» no llevó a un claro rechazo (ni tampoco a una transformación importante)[8].

Las contribuciones constitucionales de Roosevelt no terminaron con el final de su mandato en 1908. Su intento de recuperar la presidencia en 1912 llevó indirectamente a una nueva revitalización de la Presidencia plebiscitaria, aunque solo consiguió dividir a la mayoría republicana dominante y hacer posible la llegada de Woodrow Wilson a la Casa Blanca. Wilson, que había dedicado buena parte de su vida a estudiar las patologías del régimen centrado en el Congreso de la República Media y que fue uno

---

[5] Un primer punto de inflexión en la emancipación del poder ejecutivo del control del Congreso fue la revocación de la *Tenure of Offices Act* [Ley sobre la Ocupación de Cargos] de 1887. Aprobada en 1867 en el momento álgido de la polémica de la Reconstrucción entre el Congreso y Andrew Johnson, esta ley limitaba drásticamente la capacidad del Presidente para destituir del cargo a funcionarios recalcitrantes sin el consentimiento del Congreso. Estas limitaciones fueron denunciadas por Grant y Hayes antes de que Cleveland obtuviese su revocación durante su primera administración. Véase Myers v. United States, 272 U.S., 52, 176 (1924), para una útil descripción de la ley y su condena póstuma.

[6] En la obra de J. Sundquist, *Dynamics of the Party System: Alignment and Realignment of Political Parties in the United States*, cit., pp. 134-169, hay un resumen útil.

[7] Este tipo de inestabilidad ideológica es una consecuencia sistemática del método utilizado para la elección del vicepresidente que nos ha legado la Duodécima Enmienda. Discutiré este mecanismo con más profundidad en el siguiente volumen.

[8] Seguramente el triunfo más importante de Roosevelt fue la aprobación de la *Hepburn Act* frente a la oposición conservadora. Esta victoria prefiguró un escenario recurrente en el siglo XX en el que un Congreso reacio sigue una iniciativa presidencial en nombre de una intervención del Estado activista. Puede leerse un buen relato de estos primeros experimentos en el libro de John Blum, *The Republican Roosevelt*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1967.

de los primeros licenciados estadounidenses en ciencias políticas, utilizó su tesis doctoral, Congressional Government[9], para condenar el sistema surgido después de la Reconstrucción. En su opinión, el «Congreso» gobernaba solo nominalmente. La política nacional la hacían unos presidentes de Comités estrechos de miras. El resultado era claramente inferior al sistema británico de gobierno parlamentario, ya que mientras este alentaba al primer ministro y al líder de la oposición a desarrollar un debate abierto sobre las alternativas básicas a las que se enfrentaba la nación, la política estadounidense se fraguaba a puerta cerrada por un comité de senadores y congresistas más receptivo a determinados intereses localistas que al bien de aquella. Ampliando el punto de vista de Wilson, podría decirse que había una tensión fundamental entre los ideales constitucionales y las realidades institucionales en el régimen creado por los Republicanos de la Reconstrucción. Aunque la República Media era mucho más nacionalista en sus ideales constitucionales que su predecesora, la actividad ordinaria de gobierno a través del Congreso no recompensaba los esfuerzos encaminados a elaborar una concepción convincente del interés nacional. Si las aspiraciones nacionalistas de la República Media tenían que ser redimidas en la práctica, Wilson creía que serían necesarias unas cuantas revisiones institucionales más[10].

Una vez llegado a la Casa Blanca, Wilson no perdió el tiempo a la hora de poner en práctica estas ideas. Aunque solo había conseguido una mayoría relativa del voto popular, utilizó inmediatamente la Casa Blanca como plataforma para elaborar su visión de futuro del país[11]. Tuvo más éxito ganándose el apoyo del Congreso para sus iniciativas que ningún presidente anterior de la República Media; la *Federal Reserve Act* y la *Clayton Act* deben su existencia, al menos en parte, al liderazgo programático de Wilson[12].

Sin embargo, hacia el final de su mandato, Wilson trató de abarcar demasiado: al enviar el Tratado de Versalles al Senado confiaba en culminar su visión de la Presidencia. Esta vez no trataba meramente de hablar al Congreso como líder de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos; presentaba el tratado como líder de Nosotros, el Pueblo de la Civilización Occidental, decidido a crear un nuevo orden mundial a partir de la tragedia de la guerra. Wilson no solo vio denegada la confirmación de su

---

[9] W. Wilson, *Congressional Government*, cit.

[10] Las ideas reformistas de Wilson cambiaron con el tiempo, pero básicamente se centraron en una renovación del poder presidencial. Véase su *Constitutional Government in the United States*, cit., cap. 3; una buena discusión es el libro de J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., cap. 4.

[11] Para una evaluación de las técnicas de liderazgo presidencial plebiscitario de Wilson, véase Arthur Link, *Wilson: The New Freedom*, Princeton, Princeton University Press, 1956, pp. 145-175.

[12] *Ibid.*, pp. 199-240, 423-444.

heroica visión, sino que la resistencia del Senado provocó el mayor fracaso en el liderazgo plebiscitario desde Andrew Johnson. Como en el caso de Johnson, el Presidente trató de plantear el caso al Pueblo abandonando Washington, DC, para realizar visitas relámpago por todo el país. Y como en el caso de Johnson, el resultado fue un rotundo fracaso, con la diferencia de que a Wilson le acarreó un colapso físico y mental[13].

Mientras que el país «volvía a la normalidad» con la elección de Warren Harding en 1920, el desafío de Wilson a la dominación del Congreso de la política en la República Media siguió siendo esto: un desafío que no había conseguido el respaldo popular en el momento crítico. Este fracaso del liderazgo presidencial contrasta con la efervescencia de los modos de transformación constitucional liderados por el Congreso durante este periodo. Entre 1909 y 1920, se propusieron cuatro importantes enmiendas, que fueron adoptadas en virtud del Artículo 5: la autorización de un impuesto sobre la renta (XVI); la exigencia de la elección popular de los senadores (XVII); la imposición de la Ley Seca (XVIII); y el aseguramiento del sufragio femenino (XIX). Todas ellas dan fe de la habilidad de unos movimientos ciudadanos de amplia base popular[14] para utilizar los aspectos federalistas y asamblearios del Artículo 5 con el fin de promover cambios constitucionales importantísimos para sus compatriotas.

Esto contrasta fuertemente con el equilibrio en la producción normativa de carácter superior durante la República Moderna. Por un lado, Franklin Delano Roosevelt convertiría el sueño de Wilson en una realidad constitucional, obteniendo el respaldo popular al liderazgo presidencial que transformaría los fundamentos mismos de la República Media. Por otro lado, los movimientos constitucionales modernos de la derecha (por ejemplo, el «derecho a la vida», el «presupuesto equilibrado») y de

---

[13] Para un buen intento de situar las aspiraciones wilsonianas en el contexto internacional, véase N. Gordon Levin, Jr., *Woodrow Wilson and World Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 1968. Para un brillante ensayo sobre las luchas internas de Wilson, véase Alexander George y Juliette George, Woodrow *Wilson and Colonel House: A Personality Study*, Nueva York, Dover Publications Inc., 1964, caps. 11-15.

[14] El papel de los movimientos ciudadanos de base amplia ha sido cuestionado por Jerrold Waltman, «Origins of the Federal Income Tax», *Mid-America*, vol. 62, 1980, pp. 147, 154, que subraya la forma en que unas ventajas tácticas estrechas motivaron la propuesta de una enmienda sobre un impuesto sobre la renta por el Congreso: «Fue […] solamente una combinación peculiar de hechos políticos la que vio salir al impuesto sobre la renta de entre bastidores […]». Pero lo cierto es que las consideraciones estratégicas a corto plazo explican por qué una iniciativa constitucional consigue tener éxito en un momento determinado y no en otro. La cuestión fundamental es si la iniciativa básica tiene también el apoyo de un movimiento de amplia base. Pese al hincapié que pone en las estrategias a corto plazo, Waltman admite que «la defensa de un impuesto sobre la renta fue, como en el caso de los populistas, un aspecto central de la mayoría de programas progresistas», *ibid.* Que yo sepa, ningún estudioso serio ha cuestionado el rol central de los movimientos populares en la promulgación de las otras tres enmiendas constitucionales introducidas a comienzos del siglo XX.

la izquierda (la enmienda sobre la igualdad de derechos) han fracasado regularmente en sus intentos de invocar las formas asamblearias y federalistas del Artículo 5. Estos repetidos fracasos no harían sino incrementar la tendencia de los movimientos transformadores a desviar la mayor parte de sus energías desde el procedimiento del Artículo 5 a la Presidencia, con la esperanza de que un Presidente mostrara su deuda con el movimiento repitiendo el precedente rooseveltiano de transformación constitucional mediante nombramientos judiciales.

Todo esto, sin embargo, era difícilmente previsible en 1920. Con Harding en la Casa Blanca y la enmienda sobre la Ley Seca en cartera, los procesos dominados por la Asamblea de la República Media parecían gozar de muy buena salud.

El Tribunal Supremo: el problema de la síntesis

Al igual que la Presidencia, el Tribunal Supremo surgió de la Reconstrucción en un punto bajo de su historia. La Decimocuarta Enmienda de los Republicanos no solo había rechazado la visión de la Unión elaborada por el Tribunal de Taney en el caso *Dred Scott*. La Reconstrucción también había obligado al Tribunal a llevar a cabo una serie de repliegues judiciales muy visibles y profundamente embarazosos, ante iniciativas republicanas[15]. Sin embargo, al Tribunal le resultó más fácil que a la Presidencia definir un papel independiente en la vida normal de la República Media.

Esta misión se entiende mejor en términos conservacionistas. Al igual que en la República Temprana, el paso del tiempo vio cómo nuevos intereses y agendas políticas pasaban a ocupar el centro del escenario nacional, desplazando a la periferia una serie de cuestiones fundamentales relativas a la identidad política que habían sido el centro de la política constitucional en la década de 1860. A medida que estos grandes logros populares pasaban a un segundo plano, el Tribunal republicano, como sus precedentes marshallianos, abordó la tarea de preservar las soluciones constitucionales frente a la excesiva erosión debida al flujo y reflujo de la vida política ordinaria. En términos históricos, el momento crítico llegó con la depresión económica de 1873 y con el compromiso político alcanzado después de la elección presidencial de Hayes-Tilden en 1876. Estos dos acontecimientos (el primero, económico y el segundo, político) desplazaron la agenda de la Reconstrucción a la periferia de la política nacional[16]. Aunque los

---

[15] Véase *We the People, Transformations*, vol. 2, de próxima publicación en esta misma colección.

[16] Hay un acuerdo general acerca de la importancia fundamental de estos dos hechos, incluso entre historiadores que discrepan acerca de casi todo lo demás. Compárese el libro de William

políticos aceptaron las enmiendas de la Reconstrucción como legalmente vinculantes, las preocupaciones concretas que habían motivado la lucha republicana a favor de su aprobación ya no eran esenciales para los políticos que vivían su día a día en Washington, DC. En la medida en que la política de finales del siglo XIX abordó seriamente cuestiones de principio, fueron los reformadores del servicio público y sobre todo los populistas quienes las suscitaron. Estos dos movimientos tenían unas agendas muy diferentes respecto de la que tanto había vigorizado a los Republicanos y Demócratas de la generación anterior. Si los valores de la Reconstrucción tenían que estar enérgicamente representados en la escena nacional, la tarea correspondería al Tribunal Supremo ¿Cómo iba, por lo tanto, el Tribunal a cumplir esta función conservacionista?

Esta es una cuestión que los juristas y jueces modernos no abordan seriamente, ya que el mito moderno del redescubrimiento exige de ellos que consideren el largo periodo de la jurisprudencia republicana que va de la Reconstrucción al *New Deal* como una especie de Edad Oscura que oculta la verdad nacionalista revelada por el Tribunal presidido por Marshall. Necesitaremos trabajar mucho para llegar a un punto de vista más equilibrado, tanto del carácter de los logros conservacionistas del Tribunal como de la naturaleza de sus compromisos con la realidad política en evolución. De momento, no tengo otra opción que la de ser extraordinariamente selectivo, subrayando solamente unos cuantos aspectos centrales de la discusión general.

Lo más importante es el reconocimiento consciente del Tribunal, desde el primer momento, de que el éxito republicano de la década de 1860 había modificado fundamentalmente los términos del problema interpretativo, tal como había sido expuesto por vez primera por John Marshall. Cuando John Marshall leía su ejemplar de la Constitución podía suponer que «Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos» se refería a un grupo relativamente concreto de actores históricos, la generación de estadounidenses que había participado en la Guerra de la Independencia y que había codificado su significado político en el texto de 1787 y en la primera oleada de enmiendas constitucionales. Incluso en esta fase temprana, interpretar la Constitución como el producto deliberativo de una colectividad tan vasta como «Nosotros, el Pueblo» era una tarea difícil. Los estadounidenses que apoyaban el experimento federalista discrepaban notoriamente en asuntos importantes; cualquier esfuerzo encaminado a detallar los principios constitucionales que animaban la práctica política de la generación de la

Dunning, *Reconstruction: Political and Economic, 1867-1877*, Nueva York, Harper & Brothers, 1907, pp. 220-331 con el de Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, Nueva York, Harper & Row, 1988, pp. 512-601.

Fundación (el propósito de los Artífices [the Framers], si se quiere[17]) implicaba necesariamente una gran dosis de perspicacia y de criterio. De todos modos, el hecho de que una sola generación de estadounidenses hubiese contribuido a la propuesta, a la ratificación de la Constitución y a sus primeras enmiendas simplificaba el problema interpretativo. Por difícil que sea la tarea de interpretar el texto constitucional, al menos los primeros magistrados federalistas podían situarlo en el contexto de una cultura política relativamente concreta, una cultura, además, en la que ellos mismos habían nacido y alcanzado la madurez política.

Esta concentración en el logro de la producción normativa de carácter superior de una sola generación saltó hecha pedazos de una vez por todas con los Republicanos de la Reconstrucción. Desde el primer intento del Tribunal para dar sentido a las enmiendas de la Guerra Civil[18], los magistrados abordan conscientemente un problema que simplemente no se había planteado John Marshall. Lo llamaré el problema de la síntesis multigeneracional: dado que los Republicanos habían rechazado parte de la Constitución de los Fundadores, aunque no toda, los magistrados republicanos no podían estar contentos con la tarea marshalliana de ampliar la visión constitucional de los estadounidenses que habían luchado en la Guerra de la Independencia y habían vencido. Tenían que identificar primero qué aspectos de la Constitución más temprana habían sobrevivido a la Reconstrucción republicana. Una vez aislados los elementos sobrevivientes, tendrían que sintetizarlos en un nuevo *corpus* doctrinal que diese expresión a los nuevos ideales reivindicados por los Republicanos en nombre del Pueblo.

Esto, clarísimamente, no sería asunto fácil. El mundo republicano del siglo XIX era muy diferente del mundo federalista del siglo XVIII, tanto en sus premisas legales como en su vida social. ¿Cómo montar un todo constitucional a partir de unas partes tan discordantes?

---

[17] Estoy dispuesto a utilizar esta denominación [*the Framers*], que se ha empleado tan abusivamente, siempre que quede claro que son las intenciones del Pueblo lo que cuenta, no las del pequeño número de «artífices» que propusieron la Constitución o las primeras enmiendas a la misma. Este énfasis en el Pueblo afectará de manera importante nuestra posterior investigación sobre el pensamiento federalista. Por ejemplo, no me concentraré en los informes fragmentarios sobre las deliberaciones secretas de la Convención (véase Max Ferrand, *The Records of the Federal Convention*, New Haven, Yale University Press, 1911) que han sido preservados para la historia. Me centraré en la contribución más continuada de los líderes federalistas al debate público (*The Federalist*), así como en los esfuerzos de los historiadores más serios para aprehender la relación existente entre los líderes federalistas y la opinión pública en general. Véanse los capítulos 7 y 8. Solo de este modo podremos empezar a entender cuáles son las intenciones que realmente importan: ¿por qué le pareció sensato a una mayoría movilizada de ciudadanos americanos dar su apoyo reflexivo al intento federalista de hablar en nombre del Pueblo?

[18] The Slaughterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wall.), 36, 37, 67, 1873 (la Constitución original y las primeras doce enmiendas son ahora «históricas y de otra época», y tienen que ser sintetizadas con «otros tres artículos de enmienda de enorme importancia [que] han sido añadidos por la voz del pueblo a este ya venerable instrumento»).

El problema sigue obsesionándonos. Al igual que los estadounidenses de la República Media, también nosotros hemos de dar sentido a una Constitución que ha sido radicalmente reformada por generaciones de políticos constitucionales. De hecho, el problema moderno es más complejo que el de la República Media. La era anterior solo tenía que afrontar las reformas revolucionarias de la Reconstrucción. Nosotros tenemos que afrontar el hecho de que la Constitución fue radicalmente cambiada una vez más en el caldero de la Gran Depresión. En nuestro caso no bastará con que sinteticemos las grandes contribuciones de dos generaciones de políticos constitucionales; también tendremos que tener en cuenta el trabajo de tres de ellas (así como las importantes contribuciones de otras generaciones). La forma en que los tribunales modernos lleven a cabo esta tarea configurará, creo yo, el futuro del derecho constitucional.

Por este motivo, mis observaciones introductorias se centrarán en la lucha de la República Media con el aspecto sintético de su problema interpretativo. Esta indagación es especialmente gratificante porque, desde el primer momento, los magistrados republicanos rechazaron dos respuestas fáciles que trivializan los desafíos característicos de la síntesis multigeneracional. Dado que hoy estas respuestas fáciles siguen teniendo partidarios muy poderosos, localizaré la contribución específica de la República Media en el contexto de los intentos en curso de trivializar el problema.

Mi principal objetivo es sugerir lo mucho que tienen que aprender los juristas modernos de la República Media una vez desechado el mito del redescubrimiento, que la trata como una pesadilla de sesenta y ocho años de duración del espíritu judicial. Aislando un problema común (la síntesis intergeneracional) que compartimos con estos predecesores, acaso podamos encontrar algo positivo que aprender de ellos acerca de la interpretación constitucional. No es que podamos aplicar mecánicamente sus soluciones a nuestros problemas, ya que estos han sido transformados por las reformas revolucionarias del periodo del *New Deal*, que la mayor parte de los magistrados de la República Media no habían previsto. Sin embargo, implicando a los magistrados en una conversación legal seria sobre la síntesis, ¿no podemos situar nuestras propias dificultades interpretativas en una perspectiva útil?

Dos respuestas fáciles

Empecemos planteando el problema sintético de la forma más escueta posible. En el Momento Uno, la generación de la Fundación anunció *X* como norma superior; en el Momento Dos, los Reconstructores anunciaron *Y*, donde *Y* es parcialmente, aunque no totalmente, inconsistente con *X* ¿Cómo combinar, pues, *X* e *Y* en un todo con sentido?

Hay dos formas fáciles de hacerlo y, aunque parecen superficialmente diferentes, ambas comparten una ambición reduccionista. Las dos tratan de resolver el problema de la síntesis intergeneracional centrando la atención en el Momento Uno o en el Momento Dos, pero no simultáneamente en ambos.

El primer reduccionismo resuelve el problema exagerando lo decidido en el Momento Dos. Quiere hacernos creer que los propios Republicanos de la Reconstrucción consideraron seriamente la cuestión de la síntesis y llevaron al pueblo estadounidense a aceptar conscientemente una respuesta particular a la cuestión. Esta es, como es bien conocido, la postura de Hugo Black respecto a la relación entre la Decimocuarta Enmienda de los Republicanos (*Y*) y la Carta de Derechos de los federalistas (*X*). En opinión de Black, los Republicanos no enmendaron solo la Constitución (*Y*) de una forma inconsistente con la interpretación original de la Carta de Derechos (*X*). También llevaron conscientemente al Pueblo a refrendar algo que yo llamaré una regla sintética, una *S* que explicaría precisamente cómo la nueva *Y* republicana debía armonizarse con la vieja *X* federalista. Según Black, la *S* de los Republicanos decía que la Decimocuarta Enmienda «incorporaba» todos los aspectos de la Carta de Derechos federalista y los hacía aplicables a los estados[19]. Una vez concedido esto, queda despejado el camino para la primera respuesta fácil al problema de la síntesis. Dado que el Pueblo había considerado el problema y le había dado con autoridad una respuesta durante la Reconstrucción, ¿no deberían los tribunales adoptar simplemente la regla sintética establecida en 1868?

Pero hay otra forma de llegar a una respuesta fácil, aunque radicalmente diferente, la cual implica moverse en un sentido igual y a la vez opuesto al de Hugo Black: mientras que Black considera la Decimocuarta Enmienda como si fuese una *síntesis comprehensiva* de los compromisos constitucionales establecidos durante la Fundación y la Reconstrucción, el segundo reduccionismo trata la enmienda como si fuese un cambio relativamente menor en el recorrido constitucional, algo que yo llamaré una *supernorma*. Las supernormas no tratan de revisar ninguno de los principios más profundos que organizan nuestra norma superior; se contentan con cambiar una o más reglas sin cuestionar nada más básico. Considérese, por ejemplo, nuestro último intento con éxito en la vía del Artículo 5: la Enmienda Vigesimosexta, promulgada en 1971, ordena que el derecho al voto de los ciudadanos «de dieciocho años o mayores […] no sea negado ni limitado por Estados Unidos ni por ningún estado por razones de edad». Esta enmienda no sirvió de foco organizador de la turbulenta política constitucional de finales de la década de 1960. Fue tratada como un tema secundario provocado por la decisión del Tribunal Supremo en

[19] Véase Adamson v. California, 332 U.S., 46, 68-123 (1947) (Black, J., voto particular).

Oregón v. Mitchell en 1970[20]. Una mayoría del Tribunal que se ocupó del caso Mitchell interpretó que el intento del Congreso de exigir a los estados que permitiesen votar a los mayores de dieciocho años no se ajustaba a la Constitución. Un año más tarde, esta interpretación fue invalidada por la Enmienda Vigesimosexta. La rapidez de esta respuesta fue un tributo al hecho de que sus promotores lograron explicar que su objetivo era muy limitado: se trataba simplemente de garantizar a los mayores de dieciocho años el derecho al voto que el Congreso había tratado de garantizar con su ley original. Esta clase de enmienda se interpreta correctamente como una supernorma. Lo único que hizo fue cambiar la edad de voto desde los veintiuno a los dieciocho. Nadie lo interpretó como algo más.

Una cosa muy distinta, sin embargo, es tratar la Decimocuarta Enmienda con el mismo espíritu. De todos modos, muchos intérpretes modernos han trivializado la enmienda exactamente de este modo; y el más influyente de ellos ha sido Raoul Berger[21]. En su opinión, la Decimocuarta Enmienda, como la Vigesimosexta, tenía un objetivo más limitado: constitucionalizar las reglas contenidas en una sola ley, la *Civil Rights Act* 1866, que el Congreso de la Reconstrucción había promulgado unos meses antes. Desgraciadamente para Berger, el texto de la enmienda ni siquiera menciona esta ley; tampoco estipula afirmativamente, como la Vigesimosexta, en unos términos relativamente claros y operativos, las reglas que desea constitucionalizar. Su primer párrafo utiliza el lenguaje de los principios fundamentales. De momento, sin embargo, lo que me interesa no es la mala historia de Berger[22], sino su lógica constitucional abstracta.

---

[20] Oregon v. Mitchell, 400 U.S., 112 (1970).

[21] Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1977, cap. 2.

[22] Cuando digo «mala», quiero decir realmente mala. Un ejemplo debería bastar para animar al lector a tratar con mucha cautela el uso que hace Berger de las fuentes. Partiendo de las premisas de Berger, el famoso dictamen del juez Washington en Corfield v. Coryell, 6 F. Cas. 546 (C.C.E.D. Pa. 1823) (núm. 3230) es de gran importancia. Como reconoce Berger, la definición que hizo Washington de «privilegios e inmunidades» era citada repetidamente por los partidarios de definir el significado de la Decimocuarta Enmienda. Es, por lo tanto, comprensible que Berger desee establecer que el dictamen de Washington es consistente con su propia opinión de la enmienda como una supernorma, que solo constitucionaliza una lista fija de derechos previamente promulgados en la Ley de Derechos Civiles. Desgraciadamente, Berger consigue esta finalidad seleccionando y poniendo en cursiva las citas de una forma tan descarada que hace flaquear nuestra confianza en su fiabilidad básica. Esto es lo que hace Berger con el texto de Washington (Pongo entre corchetes partes del dictamen de Washington que Berger oculta al lector mediante el simple expediente de sustituir las palabras de Washington con puntos suspensivos):

> No vacilamos en absoluto *confinando* [sin subrayar en el original] estas expresiones a aquellos privilegios e inmunidades que son, por su naturaleza, *fundamentales* [sin subrayar en el original] […] Todas ellas pueden, sin embargo, incluirse bajo los siguientes epígrafes generales: protección por el gobierno; goce de la vida y la libertad, con derecho a adquirir y poseer propiedades de todo tipo, y a perseguir y obtener felicidad y seguridad […]. Los derechos del ciudadano de un estado a trasladarse o a residir en otro estado para

A este nivel, Berger, como Black, tiene una respuesta fácil al problema de la síntesis. Una vez que ha trivializado el Momento Dos caracterizando sus enmiendas constitucionales como supernormas, ha despejado el camino para insistir en que la visión constitucional enunciada por los Fundadores sobrevivió a la Reconstrucción esencialmente intacta. Este estrecho punto de vista le lleva naturalmente a adoptar unas posturas sustantivas muy diferentes de las de Black. Metodológicamente, sin embargo, ambos son

---

realizar actividades comerciales, agrícolas o profesionales de cualquier otro tipo; reclamar el beneficio del recurso de *habeas corpus*; entablar y mantener acciones de todo tipo en los tribunales del estado; adquirir, mantener y disponer de propiedades, inmobiliarias o personales; y una exención del pago de impuestos o tributos superiores a los pagados por otros ciudadanos del estado; pueden mencionarse como algunos de los privilegios e inmunidades particulares de los ciudadanos, que se incluyen claramente en la descripción general de los privilegios considerados como fundamentales; a los que puede añadirse el derecho al voto electivo tal como está establecido y regulado por las leyes o la constitución del estado en el que haya de ejercerse. [Estos, *y otros muchos que podrían mencionarse* (el subrayado es mío) son, estrictamente hablando, privilegios e inmunidades, y el disfrute de los mismos por los ciudadanos de cada estado en todos los demás estados, fue manifiestamente calculado (para utilizar las expresiones del preámbulo de la disposición correspondiente en los viejos artículos de confederación) «para garantizar mejor y perpetuar la amistad y el trato mutuo entre los pueblos de los diferentes estados de la Unión».] Pero no podemos acceder a la propuesta […] de que […] a los ciudadanos de los diversos estados se les permita participar *en todos* [sin subrayar en el original] los derechos que pertenecen exclusivamente a los ciudadanos de cualquier otro estado en particular.

Compárese lo que dice Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, cit., pp 31-32, con *Corfield v. Coryell*, 6 F. Cas., 546, 551-552 (1823).

Ahora bien, la gran extensión y el alcance de la afirmación del juez Washington no son en sí mismas muy acogedoras con el punto de vista de Berger de los «privilegios e inmunidades» como una supernorma. Pero aquí no me interesan las disputas sobre buena o mala fe. Lo que me interesa es la ética básica de Berger como historiador: ¿por qué deja de citar precisamente cuando el juez Washington dice explícitamente que *no* está presentando una lista exhaustiva de los derechos protegidos por el concepto de «privilegios e inmunidades»? La inclusión de esta frase habría perjudicado al argumento de Berger, pues habría sugerido que cada vez que los participantes citasen el caso *Corfield* estarían repitiendo la advertencia expresa del juez Washington de que los «privilegios e inmunidades» no podían reducirse, como sugiere Berger, a una lista cerrada de derechos codificados en una supernorma. Pero esto difícilmente puede considerarse como una razón para persuadir a un historiador responsable de inducir a error a sus lectores mediante el uso selectivo de las citas.

También me preocupa el uso que hace Berger de la cursiva para sugerir que Washington está subrayando el carácter limitado de su interpretación de los «privilegios e inmunidades», cuando en la parte suprimida del texto aprueba explícitamente una interpretación más expansiva. Este tipo de chapuzas en una fuente tan crucial como *Corfield* es imperdonable.

Digo esto solo porque me preocupa que el interés que pongo en los puntos de vista metodológicos de Berger podría aumentar la influencia de un libro que, incluso con los criterios de la historia de los abogados, parece sumamente tendencioso en su tratamiento de las fuentes. A modo de correctivos, véanse los siguientes libros: Chester Antieau, *The Original Understanding of the Fourteenth Amendment*, Tucson, Mid-America Press, 1981; Jacobus Ten Broeck, *Equal Under Law*, Nueva York, Collier, 1965 (ed. rev.); Michael Curtis, *No State Shall Abridge: The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham, Duke University Press, 1986; y William Nelson, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1988.

reduccionistas. Ambos afirman que los Republicanos de la Reconstrucción adoptaron un conjunto particular de reglas *S* que resolvían de una vez por todas las tensiones entre el Momento Uno y el Momento Dos. Difieren solo en la sustancia de la regla *S*: Black cree que el Pueblo adoptó con autoridad una regla que incorporaba todas las garantías de la Carta de Derechos, mientras que Berger cree que el Pueblo promulgó una supernorma que cambiaba la Constitución solamente en las formas precisas enumeradas en la Ley de Derechos Civiles de 1866.

Las enmiendas transformadoras (y cómo sintetizarlas)

Ahora bien, no tengo nada en contra de las respuestas fáciles. La vida y el derecho ya son suficientemente complicados como para que haya que hacerlos aún más complejos. El problema que tengo con Black y Berger es que sus respuestas antagónicas, aunque fáciles, son falsas con respecto al carácter histórico de la Reconstrucción republicana. Las enmiendas republicanas fueron popularmente interpretadas como algo mucho más importante que una serie de supernormas; pero representaban mucho menos que una síntesis integral de la Fundación y la Reconstrucción. Lo que se necesita, claramente, es un conjunto más rico de categorías interpretativas que nos permita expresar el tipo de transformación constitucional que concibieron los estadounidenses del siglo XIX que apoyaron las propuestas de la Reconstrucción.

Este es mi objetivo al caracterizarlas de enmiendas transformadoras. En contraste con las supernormas, tales enmiendas no contemplan solo un cambio en unas cuantas reglas de la norma superior. Son la expresión culminante de la crítica de una generación al *statu quo*, una crítica que finalmente gana el apoyo reflexivo de una mayoría movilizada del pueblo estadounidense. Al elaborar su crítica, sin embargo, el movimiento constitucional no se ha propuesto algo tan ambicioso como una síntesis integral completa. Aunque obviamente el movimiento se propone rechazar algunos de los principios fundamentales del viejo orden constitucional, el impacto de sus nuevos ideales en un gran número de otros principios tradicionales todavía no ha sido calculado de una forma rigurosa y concienzuda. Así, mientras que la adopción popular de las enmiendas implica un apoyo movilizado a los principios transformadores que expresan, no puede decirse que indique la existencia de un apoyo decisivo para ninguna regla sintética en particular.

Un experimento mental puede ilustrar esta característica distintiva de la enmienda transformadora. Supongamos que los Republicanos de la Reconstrucción no se hubiesen contentado con la propuesta y la ratificación de sus tres grandes enmiendas. Supongamos que hubiesen arrancado una hoja del libro Federalista y que hubiesen utilizado su mayoría en el

primer Congreso de la Reconstrucción para proponer un texto enteramente nuevo: «Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos, con el objetivo de formar una Unión más perfecta después de la terrible experiencia de la Guerra Civil, decretamos esta Constitución…».

Para remodelar la Constitución no habría sido necesario que los Republicanos rompiesen con todas las ideas y la terminología federalistas. Del mismo modo que los Federalistas tomaron prestados muchos de los Artículos de la Confederación, también los Republicanos podían haber tomado préstamos de la Constitución de la República Temprana (el texto de 1787 más las primeras doce enmiendas) al hacer su propia propuesta. De todos modos, si hubiesen conseguido la ratificación de su constitución de los Republicanos 1866, sería más receptivo a la propuesta de Black de tratar la contribución republicana como una síntesis integral. Al negociar una nueva constitución, el Congreso Republicano se habría visto obligado a sopesar con una gran seriedad la relación existente entre lo nuevo y lo viejo en su iniciativa constitucional; y lo que es incluso más importante, cuando presentaran su nueva constitución al Pueblo para su ratificación democrática, su visión comprehensiva se habría perfeccionado en una infinidad de debates públicos, dando un significado de norma superior a la síntesis propuesta si finalmente hubiese obtenido la aprobación popular.

El problema, por supuesto, es que no fue esto lo que sucedió. En vez de empezar de nuevo, los Republicanos calificaron sus propuestas de enmiendas, identificándolas como fragmentos de un todo en evolución que había empezado en 1787, no en 1866. Esto, lógicamente, no les impidió sintetizar lo nuevo y lo viejo de la forma claramente normativa planteada como hipótesis por Hugo Black. Sin embargo, como otros muchos estudiosos de aquel periodo[23], yo no creo que Black haya basado su caso en los hechos. Si bien hubo indudablemente personas, incluidos algunos políticos importantes, que expresaron puntos de vista blackianos, hubo muchos otros que discrepaban de ellos; y el propio texto no fue interpretado popularmente como una solución decisiva de los problemas sintéticos[24].

---

[23] Un estudio reciente de los debates resume bien la cuestión: «Los debates sobre la Decimocuarta Enmienda fueron, en esencia, debates sobre la alta política y los principios fundamentales, acerca del curso futuro y del significado de la nación estadounidense. Los debates, por sí mismos, no reducen los principios vagos, indefinidos y a veces conflictivos que utilizan los participantes en los mismos a una doctrina legal precisa, claramente delimitada. Esto es tarea de los tribunales […]». W. Nelson, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, cit., p. 63. Para la crítica clásica, pero excesivamente delimitada, de la tesis de Black, véase Charles Fairman, «Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding», *Stanford Law Review*, vol. 2, 1949, pp. 5-139.

[24] Michael Curtis ha hecho un trabajo excelente defendiendo los puntos de vista de Black sobre la «incorporación». Véase M. Curtis, *The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, cit. Incluso él, admite, sin embargo, que los de la época «dedicaban comparativamente poca atención directa a la cuestión, *ibid*., p. 16. Por este motivo, no creo que este libro proporcione

Todo esto está muy bien, me parece oír al lector, pero ¿dónde queda el problema de la síntesis? Si las respuestas fáciles, del tipo de las que dan Black y Berger, requieren que los tribunales caracterizasen erróneamente la Reconstrucción ¿cómo tienen que integrar los tribunales el Momento Uno y el Momento Dos en un *corpus* doctrinal coherente?

La senda de la ley

Confrontar conscientemente las tensiones entre la Fundación y la Reconstrucción, así como elaborar principios doctrinales que armonicen el conflicto de una forma que haga justicia a las aspiraciones más profundas de ambas. ¿Es hablar por hablar? ¿Un sueño imposible?

Tal vez. Pero considérese cómo el proceso de litigación constitucional invita a los jueces a tomarse en serio este ideal de síntesis de principios. Cuando las reglas están claras, pocos tienen el incentivo de correr con los gastos del litigio; los casos llegan al Tribunal Supremo principalmente cuando los buenos abogados se ven incapaces de zanjar un pleito sin su consejo. Esto significa que el Tribunal recibirá una afluencia constante de problemas relativos a la síntesis uno-dos. Los casos que plantean estos problemas parecerán especialmente irresolubles. Por hipótesis, los abogados de cada parte encontrarán un rico filón de principios para apoyar sus argumentos: una de las partes, llamémosla la parte demandante, afirmará previsiblemente que los principios de la Reconstrucción han de ser leídos de una forma extensiva; esta es la forma de que puedan ganar su demanda. Por el mismo motivo, la otra parte solicitará una lectura extensiva de los principios de la Fundación. Dado que la relación doctrinal entre la Reconstrucción y la Fundación es tan multifacética, sería poco sensato que un juez tratase de resolver el problema con un simple dictamen. Lo que podemos esperar es un diálogo continuado en el tiempo en el que los esfuerzos más tempranos de síntesis judicial sirvan de precedentes en una conversación legal que busque una reconciliación de principio de la tensa relación entre el Momento Uno y el Momento Dos.

Esta, en cualquier caso, será la clave de mis esfuerzos para una comprensión benévola de la norma constitucional de la República Media. Al hacer hincapié en el problema de la síntesis no estoy imponiendo nuevas categorías a los propios magistrados republicanos. El primer dictamen

---

la clase de prueba que necesita un dualista antes de considerar que una determinada síntesis global fue conscientemente refrendada por el Pueblo. Sin embargo, los materiales que ha sacado a la luz –y especialmente el énfasis que pone en el papel del pensamiento antiesclavista en la formulación de la Decimocuarta Enmienda– son de gran importancia para cualquier intento judicial de síntesis integral.

del Tribunal que interpretó las enmiendas de la Reconstrucción, *The Slaughterhouse Cases*[25], empieza con una contundente formulación del problema. El caso comportaba el intento por parte de los carniceros blancos de Luisiana de convencer al Tribunal de que una nueva ley estatal que convertía en monopolio el negocio de los mataderos violaba la Decimocuarta Enmienda. Antes de las enmiendas de la Guerra Civil, los carniceros blancos nunca hubiesen tratado de presentar sus quejas ante el Tribunal; bajo las fuertes premisas federalistas de la República Temprana[26], la bondad de un monopolio regulado era competencia de cada estado en concreto. Después de las enmiendas, sin embargo, los carniceros podían suponer que el monopolio de Luisiana constituía un caso «difícil». Aducían que las nuevas enmiendas cambiaban decisivamente el equilibrio entre la soberanía del estado y el interés nacional al proteger las libertades fundamentales de cada ciudadano estadounidense. Obligando a los carniceros a tratar con un monopolio si querían seguir con su negocio, Luisiana estaba simplemente creando una forma de esclavitud nueva y más sutil: solo a un esclavo se le podía exigir por ley que pidiera permiso a un solo monopolista para hacer negocio; los hombres libres eran libres precisamente porque *no* se les podía obligar a contratar con un solo amo-monopolista si creían que su interés era gestionar su negocio de otra manera. Antes de la guerra, la libertad de contratar de cada norteamericano estaba subordinada a la autoridad del estado para legitimar la esclavitud. Pero ahora, sostenían los carniceros, era un derecho fundamental de cada estadounidense exigir protección ante una restricción tan injustificable de la libertad económica.

Al rechazar este argumento por cinco votos contra cuatro, el Tribunal iniciaba una de las dos aproximaciones fundamentales a la síntesis que definirían la jurisprudencia de la República Media. Esto implicaba *particularizar* los principios constitucionales anunciados en el Momento Dos de una forma que limitaba su impacto sobre los principios más antiguos del Momento Uno, que habían sido concebidos de una forma mucho más general y abstracta. En opinión del Tribunal, las enmiendas republicanas tenían «un objetivo principal [...] nos referimos a la libertad de los esclavos negros»[27]. Aunque el Tribunal reconocía que las enmiendas revolucionaban los principios tradicionales del federalismo por lo que se refería a los negros, era totalmente reacio a admitir que las enmiendas requerían una revaluación judicial similar y más general de los principios tradicionales del mismo. Se negó a permitir que los no negros se aprovechasen de los nuevos principios del Momento Dos, porque ello «cambiaría radicalmente la teoría de las relaciones mutuas entre el gobierno federal y los

---

[25] Véase Slaughterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wall.), 1873.
[26] Especialmente en su variante jacksoniana. Véase el capítulo 3, pp. 98-102.
[27] The Slaughterhouse Cases, 83 U.S. (16 Wall.), 71, 1873.

gobiernos estatales, y la de estos dos gobiernos con el pueblo»[28]. La forma de relacionar el Momento Uno y el Momento Dos de la mayoría se representa fácilmente de forma gráfica (véase la Figura 1). El rectángulo grande representa todos los posibles casos que podrían someterse a fallo. Un particularizador, sin embargo, no trata de conceptualizar los principios de la Reconstrucción de la misma forma general y abstracta en que concibe los de la Fundación. Lo que hace, en cambio, es dividir el rectángulo en dos partes distintas. Dentro del ámbito particular relacionado con los negros (y con otros grupos en cierto modo análogos), permite que los principios del Momento Dos se impongan a su comprensión de los principios federalistas del Momento Uno; fuera de este ámbito, aísla a los principios federalistas del impacto de las nuevas ideas anunciadas por los:

Principios de la Fundación Principios de la Reconstrucción

Figura1

Esta forma de síntesis se demostró inestable durante la vida de la República Media. Tampoco debemos sorprendernos de ello, pues la síntesis particularizada es, creo yo, especialmente atractiva para los jueces durante el periodo temprano de un régimen constitucional. Para ver por qué, considérese que los primeros jueces republicanos fueron socializados por vez primera en la ley durante los últimos días del régimen precedente. Solo después de aprender su Constitución Federalista, Marshall, Story y los otros grandes exponentes de la República Temprana pudieron proceder a tener acceso al significado de los textos de la Reconstrucción de una forma muy diferente, mediante la experiencia vivida de los mayores acontecimientos políticos de su tiempo. En palabras de la mayoría del caso *Slaughterhouse*, las enmiendas de la Reconstrucción eran parte de una cadena de «acontecimientos casi demasiado recientes para ser calificados de históricos, pero que nos resultan familiares a todos nosotros»[29]. No tiene nada de extraño, pues, que muchos de ellos experimentasen grandes dificultades a la hora de pensar en el Momento Uno y en el Momento Dos a un mismo nivel de generalidad: para ellos, la Reconstrucción era la culminación de algo concreto y particular, la lucha contra la esclavitud. Si bien esta lucha, naturalmente, estaba motivada por principios de libertad humana tan generales como los

[28] *Ibid.*, p. 78.
[29] *Ibid.*, p. 71.

que motivaron el interés de los Fundadores por el federalismo, estas ideas no habían sido preempaquetadas por los juristas constitucionales mayoritarios generación tras generación. Así, podría parecer «natural» a muchos[30] jueces de la República Moderna casar una interpretación abstracta de la Fundación con una interpretación particularista de la Reconstrucción de la forma en que lo he descrito: los principios de la Reconstrucción gobernaban solamente aquello que afectaba a los negros (y a otros grupos similares); los principios de la Fundación gobernaban todo lo demás.

Con el tiempo, ocurren dos cosas que tienden a desestabilizar este cuadro. En primer lugar, la Reconstrucción empieza a desvanecerse de la experiencia vivida. Acceden al derecho nuevas personas que abordan cada vez más el significado de las enmiendas de la Reconstrucción del mismo modo que abordan la Fundación: a través de los libros de derecho más que a través de los periódicos, a través de discusiones en la sala del tribunal más que a través de luchas políticas violentas. Los textos legales publicados durante la década de 1860 ya no parecen tan diferentes de los textos legales más alejados en el tiempo: «El Congreso no promulgará ninguna ley que… Ningún estado deberá…». ¿Qué diferencia hay en el hecho de que las primeras palabras se promulgaron en 1791 y las últimas en 1868? ¿Acaso no forman todas ellas parte de una misma Constitución? ¿No deberían interpretarse con el mismo espíritu sin particularizar indebidamente una enmienda más que otra?

Pero no es solo el paso del tiempo lo que debilita las síntesis particularistas. Igual de importante es el proceso continuo de litigio constitucional. Dado que la relación legal existente entre la Reconstrucción y la Fundación es una cuestión inmensamente multifacética, la necesidad de síntesis surge una y otra vez en los casos y lleva a uno u otro tipo de decisión judicial, a una u otra reflexión judicial sobre la mejor manera de resolver la tensión entre los dos momentos constitucionalmente creativos. Estas primeras decisiones, a su vez, dan lugar a comentarios críticos y a nuevas reflexiones, que generan nuevas intuiciones e ideas acerca de la forma en que los diversos principios interactúan unos con otros.

El desvanecimiento de la experiencia vivida y el ascenso de la dialéctica legal conspiran, entonces, para erosionar la síntesis particularista de la primera generación judicial y sustituirla por algo muy diferente, que denominaré síntesis integral: en vez de confinar los principios del Momento Dos al momento histórico en que surgieron por vez primera, la Reconstrucción es ahora entendida como una fuente de principios legales no menos

---

[30] A muchos, pero no a todos. The Slaughterhouse Cases se decidieron por una votación de cinco a cuatro y la minoría trató de adoptar un punto de vista más general del problema sintético que se le planteaba.

capaces de generar aplicaciones tan generalizadas como las derivadas de la Fundación. La tarea, en realidad, es desarrollar el conjunto entero de principios constitucionales de una forma exhaustiva que armonice sus aspiraciones más profundas. Volviendo a nuestro rectángulo (véase la Figura 2), tanto los principios de la Fundación como los de la Reconstrucción son concebidos con un mismo nivel de abstracción y generalidad. Los tribunales no atribuyen un efecto particularizador a una u otra época histórica. Lo que hacen es regular todos los casos buscando el desarrollo armonioso de todos los principios independientemente de la época particular en la que se originaron. Para expresar esta transformación en una sola línea: la senda de la ley va de una síntesis particularista a una síntesis integral.

Principios derivados
de la Fundación
y la Reconstrucción

Figura 2

Por supuesto, en el derecho de la República Media existen muchas más cosas que este movimiento. Creo, sin embargo, que el cambio expresa una tendencia central. Probablemente una metáfora lo aclarará. Pensemos en la República estadounidense como en un ferrocarril, con los jueces de la República Media sentados en el furgón de cola mirando hacia atrás. Lo que ven son las montañas y valles de la experiencia constitucional dualista, y especialmente las cumbres de significado constitucional elaboradas durante la Fundación y la Reconstrucción. A medida que el tren avanza por la historia, a los jueces les resulta más difícil ver los rastros de cenizas volcánicas que marcaron la emergencia política de cada montaña en el paisaje legal. Al mismo tiempo se va configurando una perspectiva diferente: cuando aparece la segunda montaña en el fondo, es más fácil ver que hay allí una cordillera que es posible describir de una forma integral.

Esta perspectiva cambiante con el tiempo es el motor que impulsa el paso de una síntesis particularista a una síntesis integral. Mientras se produce este cambio ocurren otras muchas cosas. Los jueces viejos mueren y los nuevos son enviados al furgón de cola por los maquinistas que llevan ahora la locomotora. La visión del paisaje que tienen estos nuevos jueces está configurada por su propia experiencia de la vida y de la ley, así como por las nuevas vistas panorámicas de las montañas que se van abriendo constantemente en la senda que toma el tren en su avance hacia el futuro. Lo característico de los jueces de la República Media es que se quedaron

en el furgón de cola, mirando hacia atrás, no en la locomotora discutiendo la dirección que debía tomar el tren en el siguiente paso a nivel, ni observando ansiosamente el cambiante paisaje desde uno de los vagones de pasajeros. Indudablemente, la relación entre las montañas y la cordillera se verá de modo diferente con el paso del tiempo. La cuestión crucial es si es justo ver a los jueces de la República Media enfrascados en ese proceso de síntesis retrospectiva.

Esto es precisamente lo que la narrativa profesional reinante trata de negar y lo que yo trato de afirmar (sin negar, por supuesto, la existencia de ocasiones en las que la actuación judicial se queda corta, a veces de forma mayúscula[31], de posibilidades interpretativas). El tercer volumen de esta serie, Interpretaciones, completará mi argumentación reinterpretando algunos de los casos importantes de la República Media. Dentro de los límites del presente bosquejo no puedo hacer otra cosa que sugerir el carácter general de la reinterpretación que propongo.

La reinterpretación de la República Media

Por consiguiente, miren hacia atrás conmigo y fíjense en los dos grandes logros que dominan el primer siglo de los Estados Unidos: por un lado, el ideal federalista de una república descentralizada en la que los ciudadanos estadounidenses podían esperar solo una ayuda limitada del gobierno nacional en la protección de su libertad personal frente a la política de determinado estado; por otro lado, la reivindicación republicana de una Unión más nacionalista que no siguiera tolerando la esclavización de ningún estadounidense por la mayoría dominante de un estado, sino que insistiese en la protección por igual de las leyes ¿Cómo sintetizar estas dos visiones en un todo integral?

Únicamente avanzando más allá de la muy limitada protección de los derechos fundamentales que ofrecían los tribunales durante la República Temprana. Con la Reconstrucción, era perfectamente apropiado que los tribunales insistiesen en que la nación estaba ahora comprometida en la garantía de los derechos fundamentales de una forma más profunda. Seguramente, resulta difícil culpar a los tribunales de la era *Lochner* por dar este paso; de hecho, es difícil ver cómo cualquier intento serio de síntesis podía haber llegado a una conclusión diferente.

[31] Muy particularmente en la forma en la que el Tribunal convirtió en periférica la preocupación republicana por la igualdad racial durante este periodo. Este será uno de los temas importantes del tercer volumen de esta obra.

Así, pues, si algo era fundamentalmente erróneo en *Lochner*, tenía que ver con la forma particular en que los tribunales de la República Media conceptualizaban la naturaleza de los derechos fundamentales. Es aquí, sin embargo, donde el anacronismo tergiversa la visión moderna al condenar el énfasis que pone la República Media en la propiedad privada y en la libertad contractual. Teniendo en cuenta el rechazo popular al *laissez-faire* durante el *New Deal*, ya no es adecuado que los tribunales interpreten la libertad constitucional en términos de libre mercado. Pero antes de la década de 1930, las cosas eran muy diferentes. Incluso durante la República Temprana, los tribunales habían identificado el contrato como un ámbito de libertad particularmente apropiado para la protección nacional[32]. Esta interpretación constitucional se vio reforzada por las enmiendas de la Reconstrucción. La Enmienda de la Emancipación, por ejemplo, fue interpretada sobre todo en términos legales basados en el lenguaje de la propiedad y los contratos. Como mínimo, significaba que los negros no podían ser tratados como bienes muebles: con el mismo derecho que los blancos podían desde ahora contratar libremente su trabajo y poseer los frutos de su trabajo productivo en forma de propiedad privada[33]. Pero si la libertad contractual y el derecho a la propiedad privada distinguían al esclavo negro del liberto negro, ¿no servían también para distinguir en general a los esclavos de los libertos de cualquier raza? Si, por ejemplo, los blancos eran privados de su derecho a contratar su fuerza de trabajo, ¿no era esto una forma de esclavitud? ¿No tenía la nueva preocupación nacionalista por la libertad contractual y el derecho a la propiedad privada, expresados en la Decimotercera y Decimocuarta Enmiendas, que predominar sobre la vieja preocupación federalista por los derechos de los estados?

Como hemos visto, una estrecha mayoría de los magistrados se negó a generalizar de una forma tan amplia los principios de la Reconstrucción en *The Slaughterhouse Cases*. Una síntesis tan global amenazaba con alterar demasiado la sabiduría legal federalista que habían aprendido durante la República Temprana; parecía demasiado alejada de la lucha concreta contra la esclavitud negra que sirvió como terreno de pruebas de su maduración política. Con el paso del tiempo, sin embargo, cada vez fueron más los magistrados que empezaron a tomarse en serio estas cuestiones generales. Para expresar el punto de vista sintético en una sola frase: si la República Temprana ofrecía una protección *limitada* al derecho fundamental de los *hombres blancos* a ejercer su libertad mediante la *propiedad* y el *contrato*, ¿no debía interpretarse que las enmiendas de la Reconstrucción requerían una

---

[32] Véase el capítulo 3, p. 98.

[33] No pretendo limitar el significado de la enmienda a la protección de la propiedad y los derechos contractuales –véase L. Vandervelde, «The Labor Vision of the Thirteenth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, 1989, p. 437–, sino solo insistir en que estos desempeñaron un rol central.

protección *igualitaria* de los derechos fundamentales de *todos* los estadounidenses a ejercer su libertad mediante la *propiedad* y el *contrato*?

Como veremos, al final de la República Media, los tribunales habían llegado exactamente a este punto: negros y blancos, mujeres y hombres tenían garantizados iguales derechos de propiedad y contrato[34]. Este movimiento hacia una síntesis integral era, por supuesto, claramente rechazado por la democracia del *New Deal* que llevó a la República Media a su final. Pero es un grave error considerar el año 1905 (el año en que se efectuó el dictamen del caso *Lochner*) como si fuese el año 1937. En 1905, los magistrados no tenían enfrente a un Congreso del *New Deal* y a un Presidente que acababa de conseguir una mayoría popular decisiva para romper con el *laissez-faire* constitucional. Al contrario: los magistrados acababan de vivir el fallido intento populista de movilizar al pueblo estadounidense contra los males del capitalismo del *laissez-faire*, un movimiento que alcanzó su punto culminante con la designación de William Jennings Bryan como candidato demócrata a la presidencia en 1896. En vez de llevar a una transformación rooseveltiana, la designación de Bryan solo sirvió para catalizar una decisiva contrarreacción popular a favor de William McKinley y del Partido Republicano.

Es un anacronismo derivado del moderno mito del redescubrimiento representar al Tribunal que se ocupó del caso *Lochner* como si hiciera un uso abusivo de la idea de interpretación constitucional mediante la imposición de sus puntos de vista idiosincrásicos y reaccionarios a un cuerpo político que anhelaba el *New Deal*. Al igual que los tribunales de la República Media, el Tribunal del caso *Lochner* estaba ejerciendo una función conservacionista, tratando de desarrollar una síntesis integral del significado de la Fundación y la Reconstrucción a partir de los materiales legales de los que disponía[35].

El mito moderno sirve solo para ocultarnos en qué medida el problema sintético al que se enfrentaron los Republicanos de la República Media nos sigue obsesionando. Al fin y al cabo, los expertos constitucionales modernos no niegan que la Constitución prohíba la esclavitud o que esta garantía entre en juego si a un ciudadano estadounidense se le niega la libertad de controlar su cuerpo o de realizar elecciones vitales fundamentales. Sin embargo, los modernos expresan este punto de una forma que ya no concede tanta importancia al lenguaje de la libre contratación y la propiedad privada desacreditado por el Pueblo durante el *New Deal*. ¿Qué conceptos

---

[34] Véase Buchanan v. Warley, 245 U.S., 60 (1917); Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S., 525 (1923).

[35] Lo que no significa, vale la pena repetirlo, que los tribunales hiciesen un trabajo perfecto de síntesis. Para una valoración crítica, sin embargo, tendremos que esperar al tercer volumen de esta serie.

constitucionales han ocupado su lugar? ¿Qué relación hay entre el intento moderno de síntesis multigeneracional y el intento de la República Media? Una vez que se tienen en cuenta las consecuencias demoledoras del *New Deal*, ¿podemos todavía *aprender* algo de los intentos sintéticos de la República Media?

Abordaré estas cuestiones en los dos próximos capítulos pero antes hemos de considerar un segundo elemento de la síntesis de la República Media. Mientras que la idea de *Lochner* comprometía a la nación y a sus tribunales a una protección integral de las libertades fundamentales frente a los estados, este segundo principio gobernaba las intervenciones nacionales en los asuntos estatales en las que los derechos fundamentales no estaban amenazados. La Constitución Federalista había rechazado conceder un poder plenario al gobierno nacional, repartiendo un conjunto limitado de poderes tasados, lo cual supuso un sesgo localista reforzado por la política constitucional de la era jacksoniana[36]. Una vez más, por consiguiente, los tribunales de la República Media se enfrentaban a una cuestión sintética fundamental: ¿cómo iba a transformar el nuevo nacionalismo de la Reconstrucción, si es que iba a hacerlo de algún modo, la vieja noción de poder nacional limitado?

Los juristas modernos tienen problemas para tomarse en serio la lucha de la República Media con esta cuestión, pero esto es solo porque los grandes dictámenes de esta parecen minar unos poderes nacionales que son esenciales al gobierno posterior al *New Deal*: potestad tributaria y de regulación. Dada la importancia fundamental que tienen estos poderes en la República Moderna, nos hemos negado a ver que era *razonable* que los magistrados de la Media negasen que la Reconstrucción hubiese desplazado radicalmente la ley federalista-jacksoniana sobre estas materias. Los modernos contemplan con escepticismo los Income Tax Cases[37], en los que los magistrados de la República Media declararon inconstitucional un intento temprano del gobierno nacional de asumir un poder que constituye la savia fiscal del actual gobierno. Y sin embargo, antes de la promulgación de la Decimosexta Enmienda en 1913, la Constitución negaba *explícitamente* que el gobierno federal tuviese potestad tributaria ilimitada[38]. De modo parecido, los modernos rechazan el intento de la República Media de imponer límites de principio al alcance del poder regulador nacional bajo la «cláusula de comercio». Sin embargo, la Constitución original no garantizaba una plena autoridad legislativa al gobierno nacional, sino

---

[36] Véase el capítulo 3, pp. 98-102.

[37] Véase Pollock v. Farmer's Loan and Trust Company, 157 U.S., 429 (1895).

[38] Véase el Artículo 1, sec. 9 de la Constitución estadounidense: «No se impondrá capitación ni impuesto directo alguno que no esté en proporción con el Censo o Enumeración que aquí se establece».

que distribuía el poder en una serie de garantías enumeradas. Esta estrategia textual habría resultado inútil si uno de los poderes tasados (sobre el comercio interestatal) hubiese sido leído de un modo tan expansivo como para abarcar a la totalidad de los estados.

Aunque la estrategia del poder tasado fue finalmente repudiada por el pueblo estadounidense, esto sucedió en el siglo XX, no en el XVIII o el XIX, y nos equivocaríamos si condenásemos a los magistrados republicanos por no haber sabido utilizar la bola de cristal adecuada. Aunque podemos discutir los pormenores de la forma exacta en que los magistrados marcaron los límites del comercio interestatal, estaban en lo cierto respecto a lo principal: antes del *New Deal*, el Pueblo nunca había reasignado conscientemente el poder económico pleno desde los estados al gobierno nacional.

La reconsideración del *New Deal*

¿Tenemos que estar tan completamente ciegos ante las dificultades interpretativas de una época anterior? ¿Qué nos impide reconocer que los magistrados de la República Media habían avanzado por la senda que lleva desde la síntesis particularista a la síntesis integral, entretejiendo los elementos dispares de la Fundación y la Reconstrucción en un *corpus* doctrinal que tiene su lógica en el contexto de su propia época? Por un lado, el gobierno nacional emergió como el garante del derecho de todos los ciudadanos a poseer su propio trabajo y propiedades, así como a contratar libremente el uso de los mismos sin verse esclavizado por la mayoría de un estado. Por otro lado, el gobierno nacional siguió teniendo un poder limitado, sin autoridad plena para desbancar a los estados como principales reguladores de la vida económica. Aunque nuestras propias respuestas sean diferentes, ¿por qué hemos de negar que esas respuestas fuesen en su momento interpretaciones razonables de la Constitución?

Hay una manera mejor de entender el *New Deal*, una manera que confiere un significado más profundo a la lucha entre la Presidencia rooseveltiana y el Tribunal Supremo durante la Gran Depresión. Dentro del mítico marco del redescubrimiento, el desafío planteado por el *Old Court* al *New Deal* entre 1932 y 1937 no hizo sino poner de manifiesto el carácter arbitrario del ejercicio interpretativo que los magistrados habían llevado a cabo durante los sesenta años anteriores. Aparentemente, habría sido mejor para la Constitución y para el país que el Tribunal hubiese dejado claro, desde 1933 en adelante, que Franklin Delano Roosevelt y el Congreso Demócrata no estaban haciendo política ordinaria al pedir un Nuevo Acuerdo para el Pueblo estadounidense, sino que por el contrario

estaban hablando con el auténtico acento de la producción normativa de carácter superior de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos.

La reinterpretación que hago del derecho de la República Media cuestiona este punto de vista. La defensa que hizo el *Old Court* de su síntesis integral contribuyó, no perjudicó, al proceso democrático por medio del cual el Pueblo había dado una nueva orden de marcha a su gobierno en la década de 1930. Dramatizando los principios fundamentales de la Constitución invocados por el *New Deal*, el *Old Court* contribuyó a una transformación más centrada y democrática de la identidad constitucional de la que hubiera sido posible de otro modo. Al colocar frente al Pueblo un espejo que representaba los principios fundamentales de la República Media, el *Old Court* hacía más fácil, no más difícil, que la ciudadanía de la década de 1930 especificase qué era lo que echaba en falta en la estructura tradicional y finalmente dio legitimidad constitucional a una nueva visión del gobierno nacional intervencionista que no tenía raíces populares profundas en nuestra previa experiencia constitucional.

5
LA REPÚBLICA MODERNA

Ideales constitucionales, realidades institucionales

La democracia del *New Deal* representó otro gran salto en el arco de la autodefinición nacionalista iniciado por la Revolución Americana. Aunque los Fundadores rompieron con los artículos orientados hacia los estados de la Confederación, no establecieron claramente la prioridad de la ciudadanía nacional sobre la estatal; aunque los Reconstructores resolvieron esta cuestión fundamental a favor de la Unión, no cuestionaron frontalmente la noción de la Fundación según la cual el gobierno nacional tenía un poder limitado sobre el desarrollo económico y social; con el *New Deal*, este principio de la Fundación fue claramente rechazado. En lo sucesivo el gobierno federal operaría como un gobierno auténticamente nacional, hablando por el Pueblo en todos los asuntos que atrajesen suficientemente el interés de los legisladores en Washington, DC.

Y no es que los estados se viesen privados de su competencia general en materia de producción normativa. Ellos también podían legislar sobre cualquier asunto de interés público, sujetos, eso sí, a la prioridad de los legisladores nacionales y al escrutinio judicial sobre el posible impacto en los no residentes en el estado. Sin embargo, ya no se consideraba que un compromiso con el federalismo requiriese una estrategia constitucional que circunscribiera al gobierno nacional a un número limitado de poderes tasados sobre la vida económica y social.

Al mismo tiempo que el *New Deal* estaba transformando el alcance del gobierno nacional, también estaba reorganizando su estructura interna. La clave fue la transformación de la Presidencia impulsada por Roosevelt. La historia de la República Media se caracteriza por una serie de errores espectaculares a la hora de explotar el potencial plebiscitario de la Presidencia: tanto Andrew Johnson como William Jennings Bryan y Woodrow Wilson idearon una nueva forma de fracasar como tribuno popular. Esta serie de fracasos en la movilización popular fortaleció la centralidad del Congreso en la vida política normal de la nación. En vez de hacer frente al Congreso

con un «mandato» del pueblo estadounidense, los presidentes de la República Media parecían a veces menos importantes que el presidente de la Cámara de Representantes o que los líderes del Senado.

Esto lo cambió Franklin Roosevelt. Su éxito al llevar al Congreso y al Tribunal Supremo a afirmar la legitimidad del gobierno nacional intervencionista, reforzado por la experiencia de solidaridad nacional durante la guerra, estableció un nuevo paradigma de liderazgo presidencial. Este cambio, a su vez, provocó una modificación en el sistema de selección presidencial. Las convenciones para la designación de candidatos en la República Media dieron a los líderes del Congreso un papel clave en la selección de los candidatos a la Presidencia. El sistema moderno otorgó cada vez más las nominaciones demócrata y republicana al ganador de una serie de elecciones primarias, confiriendo mayor sustancia a la reivindicación del Presidente de hablar en nombre del Pueblo independientemente del Congreso[1].

Con el tiempo se convirtió en una práctica estándar que el Presidente invocara al Pueblo por encima de los líderes del Congreso pidiéndole apoyo en su lucha por dotar de rango de ley a su programa[2]. La hostilidad de principio de los Fundadores a la Presidencia plebiscitaria se convirtió en algo del pasado. Tanto los líderes del Congreso como el pueblo estadounidense esperaban que su agenda la llenasen principalmente las iniciativas presidenciales; los Presidentes utilizarían su poder de veto como si les permitiese hacer las veces de tercer brazo de la asamblea legislativa, con igual autoridad que la Cámara de Representantes y el Senado. No menos importante fue que el nuevo Estado intervencionista proporcionó a la Presidencia un enorme incremento en la cantidad de recursos materiales que podría utilizar en sus tratos con los barones del Congreso: embalses, carreteras, hospitales, bases militares en unos números sin precedentes estaban a disposición del poder ejecutivo como forma de obtener el apoyo del Congreso a los programas presidenciales.

Esto no significa que la Presidencia moderna redujese el Congreso al equivalente norteamericano del Parlamento británico, del que normalmente se espera que ratifique las iniciativas legislativas del Primer Ministro tras un decente periodo de debate público. Incluso los Congresos del *New Deal* forzaron la retirada de los intentos presidenciales de consolidar el control sobre el poder judicial y la floreciente burocracia, al rechazar en 1937 el proyecto de ley presentado por Roosvelt, que permitía el nombramiento de nuevos

---

[1] Para una discusión sensata de este tema, véase J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit., caps. 5-6. Si bien Ceasar ve la importancia de la transformación moderna, no se da cuenta de las formas en que las luchas constitucionales del *New Deal* han dado legitimidad constitucional a los cambios que describe.

[2] Véase S. Kernell, *Going Public: New Strategies of Presidential Leadership*, cit.; Th. Lowi, *The Personal President: Power Invested, Promise Unfulfilled*, cit., cap. 5.

miembros del Tribunal para alterar la composición de este, así como su propuesta de reorganización radical de la Administración al año siguiente[3]. Además, el ejemplo de Roosevelt inspiró la aprobación de la enmienda constitucional más importante de la República Moderna: la Vigesimosegunda Enmienda, ratificada en 1951, prohibía a cualquier futuro Presidente repetir la decisión de Roosevelt de romper con la autolimitación de Washington de permanecer dos mandatos en el cargo. Al Presidente no le estaría permitido afirmar que era el portavoz indispensable del Pueblo y que podría instalarse toda su vida en la Casa Blanca aduciendo una serie de victorias populares (a menudo apuradas). Si bien estos intentos de limitar las engrandecedoras implicaciones del precedente de Roosevelt eran importantes, no tenían que ocultar el cambio que se había producido en las relaciones de poder entre el Congreso y el Ejecutivo. El liderazgo presidencial se había convertido en una parte normal del proceso legislativo[4].

Al mismo tiempo, la naturaleza de la Administración estaba cambiando. Había aparecido un enorme cuerpo burocrático para asumir las responsabilidades interiores y exteriores del gobierno nacional intervencionista. Dado que los cuerpos masivos burocrático y militar no eran una parte normal de las Repúblicas Temprana y Media, el Congreso y el Presidente realizaron intentos episódicos de considerar las implicaciones sistemáticas de estas nuevas realidades promulgando «leyes marco» como la *Administrative Procedure Act* [Ley de Procedimiento Administrativo] y la *National Security Act* [Ley de Seguridad Nacional] para dar estructura constitucional a estas nuevas presencias institucionales[5].

---

[3] Estas luchas, y sus interrelaciones, están considerablemente poco estudiadas. Sobre el incremento de los miembros del Supremo, véase William Leuchtenberg, «The Origins of Franklin D. Roosevelt's 'Court-packing Plan'», *Supreme Court Review,* 1966, p. 347, y «FDR's Court Packing Plan: A Second Life, A Second Death», *Duke Law Journal*, 1985, p. 673; por lo que respecta al conflicto básico, véase Leonard Baker, *Back to back: The Duel Between FDR and the Supreme Court*, Nueva York, The Macmillan Company, 1967. El intento de Roosevelt de reorganizar el poder ejecutivo se analiza en Richard Polenberg, *Reorganizing Roosevelt's Government*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1966. Más recientemente, Sidney M. Milkis ha contribuido con varios ensayos penetrantes. Véase, por ejemplo, Sidney Milkis, «Franklin D. Roosevelt and the Transcendence of Partisan Politics», *Political Science Quarterly*, vol. 100, 1985, p. 479; y «The *New Deal*, Administrative Reform, and the Transcendence of Partisan Politics», *Administration & Society*, vol. 18, 1987, p. 433.

[4] Este es un tema recurrente en la ciencia política contemporánea. Además de los libros de J. Ceasar, *Presidential Selection: Theory and Development*, cit.; S. Kernell, *Going Public: New Strategies of Presidential Leadership*, cit.; y Th. Lowi, *The Personal President: Power Invested, Promise Unfulfilled*, cit.; véase también William Leuchtenberg, *In the Shadow of FDR: From Harry Truman to Ronald Reagan*, Ithaca, Cornell University Press, 1983; y Richard Neustadt, *Presidential Power: The Politics of Leadership*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1976.

[5] Otras leyes-marco del periodo moderno son la *Executive Reorganization Act* [Ley de Reorganización Ejecutiva], la *Hatch Act*, la *Legislative Reorganization Act* [Ley de Reorganización Legislativa] y la *Full Employment Act* [Ley de Pleno Empleo]. Hemos de empezar a considerar estas leyes como parte de una nueva «Constitución del *New Deal*» que, junto con la Vigésimosegunda Enmienda, pretendía establecer dispositivos institucionales de gran calado surgidos de la aceptación popular del gobierno nacional activista dentro y fuera del país.

Contemplado en términos generales, sin embargo, la República Moderna ha pagado el precio más alto en el área de la estructura gubernamental por la informalidad que acompañó a su nacimiento durante la década de 1930. Como hemos visto, Roosevelt y el Congreso dejaron en manos del Tribunal Supremo la tarea de codificar el significado constitucional de la democracia del *New Deal* en una serie de dictámenes judiciales transformadores. Desgraciadamente, el Tribunal ha realizado un trabajo mucho menos encomiable respecto a estos asuntos estructurales del que ha hecho al elaborar una concepción posterior del *New Deal,* de los derechos fundamentales. En todo caso, la lucha entre la Presidencia y el Congreso respecto a la burocracia y el ejército ha sido una de las grandes cuestiones sin resolver de la República Moderna, una cuestión que es poco probable que se resuelva por completo en un plazo razonablemente corto[6].

El liderazgo presidencial en la producción normativa de carácter superior

Como en épocas anteriores, las actuales luchas para obtener ventajas por parte de elites y grupos de interés bien organizados han estado jalonadas por intentos más populistas de movilización de las masas y autodefinición nacional procedentes de diferentes partes del espectro político. Joseph McCarthy convirtió al Senado en la voz principal del primer intento importante efectuado durante la posguerra de movilizar a la ciudadanía, esta vez para una cruzada nacional contra el comunismo dentro y fuera del país. No pudo, sin embargo, obtener el apoyo público necesario para superar la resistencia creciente de los otros poderes (especialmente del Ejecutivo)[7] a su pretensión de hablar en nombre del Pueblo. En 1954, no pudo mantener el apoyo del Senado. Aunque el macartismo tuvo unos efectos importantes y duraderos, constituye el primero de los momentos constitucionales fallidos de la República Moderna. En vez de llevar a la nación a revisar sus principios de legitimación a la manera de Madison, Lincoln y Roosevelt, McCarthy pasará a los anales de la República como un demagogo fracasado cuyas enérgicas llamadas al Pueblo, una vez puestas a

---

Estas primeras leyes modernas sientan un precedente para los intentos posteriores de estructurar la lucha en curso entre la Presidencia y el Congreso por el control del gobierno nacional intervencionista. Por ejemplo, el Congreso aprobó la Resolución de los Poderes de Guerra de 1973 en respuesta a la conducción de la guerra de Vietnam por parte del presidente Johnson y la Ley de Control Presupuestario de 1985 en respuesta a la crisis fiscal provocada por las iniciativas del presidente Reagan de reducir impuestos. Es una pena, pero en este bosquejo introductorio no puedo dar a estas leyes-marco la atención que se merecen.

[6] Para un estudio que hace reflexionar sobre muchas de estas cuestiones, aunque dentro de un marco que implícitamente depende demasiado del mito constitucional del redescubrimiento, véase Harold Koh, *The National Security Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990.

[7] Véase Fred Greenstein, *The Hidden-Hand Presidency: Eisenhower as Leader*, Baltimore, Johns Hopkins University Press 1982, cap. 5.

prueba, demostraron ser incapaces de atraer el sostenido y profundo compromiso popular necesario para una transformación legítima en el ámbito de los valores fundamentales.

No puede decirse lo mismo de los líderes del siguiente ejercicio importante de política constitucional. El movimiento de derechos civiles de las décadas de 1950 y 1960 fue el acto de transformación popular más exitoso de la historia reciente. Aquí solo puedo constatar las formas más obvias en que esta transformación divergió del patrón iniciado por Franklin Roosevelt, reforzando al mismo tiempo otros muchos temas de producción normativa de carácter superior establecidos en la década de 1930[8]. La primera gran diferencia es que fue el Tribunal Supremo, y no la Presidencia, quien tomó la delantera al situar la cuestión de la igualdad racial en el centro de la agenda constitucional. Una vez que el Tribunal dictó su resolución en el caso *Brown* en 1954, sin embargo, el papel central del liderazgo presidencial quedó claro una vez más. Hasta que la lucha del movimiento en pro de los derechos civiles obtuvo el apoyo decisivo de la Presidencia, el estatus definitivo de *Brown* siguió siendo dudoso. Durante la década siguiente, la resolución del caso *Brown* activó la resistencia racista masiva casi tanto o más que el activismo pro derechos civiles y no estaba nada claro cuál de los dos bandos obtendría el apoyo de la mayoría del pueblo estadounidense. Si bien el presidente Eisenhower utilizó tropas federales en Little Rock para reprimir la resistencia local a la eliminación de la segregación racial en las escuelas, este fue el límite de su apoyo a *Brown*; y el apoyo del Congreso apenas fue algo mayor[9].

La elección presidencial de 1960 empezó a marcar un cambio. Al menos en comparación con la postura de Eisenhower, tanto la de Nixon como la de Kennedy parecían menos ambiguas en su apoyo a *Brown*. Dado

---

[8] Actualmente no existe ninguna obra que integre de un modo positivo los aspectos populista, gubernamental y judicial de la Revolución de los Derechos Civiles. Sin embargo, existen libros muy buenos sobre uno u otro aspecto crucial del proceso. Para los estudios (1) sobre la movilización populista, véase Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years, 1954-1963*, Nueva York, Simon & Schuster Inc., 1988; (2) sobre las respuestas gubernamentales de una sucesión de Administraciones presidenciales, véase Hugh Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, Nueva York, Oxford University Press, 1990; y (3) sobre el papel de los tribunales, véase J. Harvie Wilkinson, *From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration, 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979. En el bosquejo que viene a continuación me baso en estos y en otros muchos trabajos.

[9] Aunque la *Civil Rights Act* de 1957 fue la primera de su clase en el siglo XX, fue fundamentalmente intrascendente. Su contribución más perdurable fue institucional: autorizar la creación de una Comisión de Derechos Civiles bipartidista y la de una División de Derechos Civiles en el Departamento de Justicia. Aunque estas instituciones desempeñarían un rol importante más tarde, en aquel momento eran como tigres de papel. Richard Russell, el líder en el Senado de las fuerzas del Sur, consideró su éxito al eviscerar la Ley de 1957 como su «victoria más dulce» en veinticinco años representando al estado de Georgia. Véase Carl Bauer, *John F. Kennedy and the Second Reconstruction*, Nueva York, Columbia University Press, 1977, p. 10.

que Kennedy era algo más agresivo expresando su simpatía por el auge del movimiento en pro de los derechos civiles, la victoria de los candidatos demócratas sugería un mayor apoyo público a la continua elaboración del principio de la igualdad racial.

Pero se requería algo más que unas elecciones para que *Brown* se convirtiera en una parte incuestionable de nuestra norma superior. Entre 1954 y 1960, el Tribunal Supremo no había conseguido convertir la resolución del caso *Brown* en una realidad viva ni en el Sur ni en ninguna otra parte. Se necesitaría una movilización popular mucho mayor, muchos más sacrificios y un liderazgo político más inspirado antes de que el pueblo estadounidense emitiese un juicio meditado sobre este asunto fundamental. Cuando la actividad del movimiento en pro de los derechos civiles se aceleró a comienzos de la década de 1960 (boicots, sentadas, marchas por la libertad) la Administración de Kennedy tomó una serie de opciones que definieron su relación con el ascendente movimiento ¿Debía permitir que la violencia de los manifestantes y la brutalidad de la policía en el Sur aplastase el movimiento? Cuanto más intervenía la Administración en el Sur, más se comprometía a convertir la promesa legal de igualdad en una realidad social. El movimiento en pro de los derechos civiles, a su vez, tuvo la suerte de contar con un gran líder, Martin Luther King, que supo apreciar la importancia de construir una coalición ciudadana de amplia base contra el racismo. Solo en este contexto pudo la Administración de Kennedy proponer finalmente, en 1963, una *Civil Rights Act* que empezó a situar decisivamente al gobierno nacional detrás de la campaña contra la discriminación en la educación, el empleo y el alojamiento público.

La aprobación de esta ley, en julio de 1964, preparó a su vez el terreno para la campaña de la elección presidencial. La contienda Johnson-Goldwater planteó las cuestiones de principio de una forma descarnada: por un lado, un liberal del Sur con un largo y enérgico compromiso con la protección nacional de los derechos civiles; por el otro, un republicano conservador que acababa de votar en contra de la *Civil Rights Act* porque atentaba contra valores tradicionales como los derechos de los estados, la propiedad privada y la libertad contractual. Si Goldwater hubiese salido victorioso de las elecciones habría habido otro periodo de indecisión institucional acerca de la profundidad del compromiso de la nación con los valores igualitarios, otro periodo en el que la Presidencia se hubiera resistido a la llamada del movimiento en pro de los derechos civiles de redefinir y profundizar el compromiso del Pueblo con la igualdad. La arrolladora victoria de Johnson, acompañada de mayorías demócratas decisivas en el Congreso, estableció una nueva pauta institucional. Los tres poderes se apoyaban ahora mutuamente afirmando que el Pueblo de Estados Unidos había emitido un juicio meditado acerca de los derechos civiles.

La aprobación de normas históricas, como la *Voting Rights Act* [Ley de Derechos Electorales] de 1965 y la *Civil Rights Act* de 1968, llevaron este compromiso más allá del punto al que lo podían haber llevado por sí mismos los tribunales. Sin este decisivo apoyo del Presidente y del Congreso, *Brown* habría seguido siendo el atribulado y problemático símbolo que parecía ser a finales de la década de 1950.

Este breve bosquejo sugiere lo mucho que debe esta gran transformación constitucional a las pautas de liderazgo presidencial elaboradas por Roosevelt en el establecimiento de la República Moderna. Mientras que el papel de los tribunales en las décadas de 1930 y 1960 era ciertamente muy diferente, otros elementos del modelo del *New Deal* presentados en el capítulo 2 estaban mucho más presentes. Al igual que en 1932, la victoria demócrata de 1960 marcó el ascenso de una nueva agenda política que proponía proyectar el poder nacional a nuevos ámbitos de la vida social; luego, tras un periodo de debate político y experimentación legal, el valor de los nuevos principios nacionales fue decisivamente afirmado en la siguiente elección presidencial, en la que el partido del Presidente obtuvo mayorías determinantes en el Congreso. Después de este decisivo mandato popular, las tensiones entre el Presidente, el Congreso y el Tribunal Supremo que habían caracterizado los anteriores periodos de debate movilizado llegaron a su fin con el reconocimiento por parte de los tres poderes de que *el Pueblo había hablado*. Al final del segundo mandato de la presidencia demócrata en la década de 1960, como en la de 1930, los tres poderes habían hecho valer unánimemente su peso institucional en unas iniciativas nacionales de una naturaleza que hubiese parecido apenas posible ocho años antes.

Pero, naturalmente, en la década de 1960 sucedieron más cosas aparte de la revolución de los derechos civiles. A medida que la década avanzaba, una gran cantidad de nuevos movimientos trataron de usar los modelos de movilización política desarrollados en la lucha por los derechos civiles para obtener una forma similar de apoyo popular amplio y profundo a favor de un conjunto cada vez mayor de objetivos: poner fin a la Guerra de Vietnam, proteger el medio ambiente, redistribuir el poder económico y social a los oprimidos en el país y en el extranjero. Como en los casos precedentes, estos movimientos de la Nueva Izquierda no dedicaron mucho tiempo y energía a propugnar enmiendas constitucionales del tipo de las contempladas en el Artículo 5 de la Constitución Federalista. Demostraron ser hijos de la República Moderna centrando sus energías en la política presidencial y tratando de convertir al Partido Demócrata en el vehículo de expresión de su agenda transformadora.

Solo que esta vez el resultado se pareció más a la elección de Bryan-McKinley de 1896 que a la aplastante victoria de Roosevelt en 1936. La designación de MacGovern por parte de los Demócratas en 1972, no

menos que la selección de William Jennings Bryan en 1896, mostró el poder de los movimientos insurgentes para obtener el control de un partido político importante. La elección resultante, sin embargo, expresó de forma dramática hasta qué punto los insurgentes habían perdido la mayoría del pueblo estadounidense. La campaña de McGovern precipitó una amplia reacción ideológica que dio a Richard Nixon una abrumadora victoria en la reelección.

Al igual que los populistas antes que ellos, la Nueva Izquierda fue incapaz de recuperarse de esta contundente derrota popular[10].Y no es que el movimiento se desvaneciese sin dejar ningún rastro legislativo. Del mismo modo que el espíritu populista obtuvo muchas victorias legislativas antes y después de la debacle de Bryan, los Demócratas del Congreso obtuvieron victorias legales notables respecto a uno u otro aspecto de la agenda de la Nueva Izquierda[11]. Lo que falta en estas leyes es el simbolismo constitucional específico que caracteriza la expresión legal de los movimientos populares que se acaban imponiendo *decisivamente* en nuestra política nacional. Un buen ejemplo es la *War Powers Resolution* [Resolución sobre los Poderes de Guerra] de 1973, aprobada por encima del veto del presidente Nixon, y que pretendía limitar el poder del Presidente de embarcar unilateralmente al país en futuras guerras de Vietnam. Desde Nixon, los presidentes han rechazado invariablemente reconocer que la resolución restringe su autoridad constitucional, como Comandantes en Jefe, para enviar tropas al extranjero; cada vez que se ha producido un conflicto en este sentido entre el Presidente y el Congreso, los tribunales se han quedado al margen, dejando que el asunto siguiera los cauces de la política ordinaria[12].

Todo esto adquiere sentido después de la decisiva derrota de McGovern en 1972. Considérese de qué forma tan diferente habría tratado el sistema

---

[10] Compárese el tratamiento que hace J. Sundquist de los populistas y de la *New Left* en su *Dynamics of the Party System: Alignment and Realignment of Political Parties in the United States*, cit., (ed. rev.), caps. 7 y 17.

[11] Tal vez el éxito más notable fue la promulgación de una serie de leyes que constituyen hitos históricos y que revolucionaron la política medioambiental a finales de la década de 1960 y comienzos de la de 1970. Para un estudio preliminar en clave dualista, véase E. Donald Elliott, Bruce Ackerman y John Millian, «Toward a Theory of Statutory Evolution: The Federalization of Environmental Law», *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 1, núm. 2, 1985, p. 313.

[12] Véase John Ely, «Suppose Congress Wanted a War Powers Act That Worked», *Colorado Law Review*, vol. 88, 1988, p. 1379. Desde 1973 solo en una ocasión un informe de la Presidencia al Congreso ha incluido una referencia a una estipulación fundamental de la Resolución que requiere que el Presidente «ponga fin al uso de las fuerzas de Estados Unidos» en un plazo de sesenta días a menos que reciba autorización expresa del Congreso. E incluso en esta ocasión, el presidente Ford solo dijo que «tomaba nota» de la disposición sin reconocer explícitamente su carácter vinculante. Véase el informe del Subcommittee on International Security & Scientific Affairs del House Committee on Foreign Affairs, 98th Cong., 1st Sess., *The War Powers Resolution: Relevant Documents,* 1988, pp. 45-46.

constitucional la Resolución sobre los Poderes de Guerra si las elecciones McGovern-Nixon hubiesen tenido un resultado distinto y la *New Left* hubiese obtenido el mandato popular que buscaba. En dicho escenario la ley podía haber sido enfáticamente refrendada como un producto paradigmático del nuevo movimiento triunfante; en vez de quedarse al margen, un Tribunal Supremo afín a McGovern habría aprovechado la primera oportunidad para declarar que la ley constituiría en lo sucesivo el marco fundamental para futuras decisiones judiciales sobre los límites del poder del gobierno para llevar al país a la guerra. Como en el caso de los procesos dirigidos por el Presidente de las décadas de 1930 y 1960, el resultado habría sido la creación de nuevas normas de carácter superior expresando la voluntad de Nosotros, el Pueblo de una forma que hubiese condicionado a los actores de la política normal en Washington, DC.

Pero la política constitucional se movió en una dirección muy diferente: desde la Nueva Izquierda a la Nueva Derecha. Un símbolo de ello fue el fracaso del movimiento feminista que no pudo obtener la ratificación formal de una enmienda sobre la igualdad de derechos durante la década de 1970, posiblemente uno de los objetivos menos polémicos de la Nueva Izquierda[13]. En cambio, el mismo periodo vio un respaldo creciente a las iniciativas constitucionales de la Nueva Derecha, especialmente a sus campañas a favor de enmiendas formales para garantizar el «derecho a la vida» del feto y para exigir al gobierno nacional que operase con un «presupuesto equilibrado». De manera significativa, la elección de Ronald Reagan como Presidente en 1980 no impulsó estas enmiendas al centro de la agenda política. En vez de ello, la Nueva Derecha trató de realizar sus ambiciones constitucionales mediante el modelo del liderazgo presidencial más característico de la República Moderna.

Ya hemos revisado este intento de los Republicanos de Reagan de seguir los pasos de los Demócratas de Roosevelt[14]. El resultado fue otro momento constitucional fallido: la «Revolución» de Reagan solo puso de manifiesto lo difícil que sería movilizar a una mayoría del Pueblo para rechazar el punto de vista igualitario del gobierno intervencionista afirmado durante las décadas de 1930 y 1960. La elección presidencial de 1988 fue indicativa. Los candidatos que deseaban revitalizar las ambiciones transformadoras de la Nueva Derecha (Kemp o Robertson) o de la Nueva Izquierda (Jackson) no consiguieron ser designados ni en el Partido Republicano ni en el Partido Demócrata, respectivamente. Los candidatos George Bush y Michael Dukakis estaban más cerca uno del otro de lo que lo estaba cada uno de ellos a los oponentes de la

---

[13] Jean Mansbridge ha escrito un ensayo muy serio sobre el tema: *Why We Lost the E.R.A.,* Chicago, Chicago University Press, 1986; véase especialmente el cap. 13 («A Movement or a Sect?»).
[14] Véase el capítulo 2, pp. 72-78.

Nueva Derecha y de la Nueva Izquierda a los que habían derrotado en las primarias. Ni Bush ni Dukakis ofrecían unos grandiosos nuevos principios constitucionales al pueblo estadounidense; eran dos políticos inteligentes y decentes que prometían competencia y una adaptación prudente a los valores preexistentes (aunque Bush haría unas cuantas compensaciones en un sentido algo más «conservador» que Dukakis). La victoria de Bush significó que un Presidente que representaba el rescoldo de la Vieja/Nueva Derecha tendría que enfrentarse con un Congreso en el que todavía persistía la Vieja/Nueva Izquierda. Ninguno de los dos bandos tenía motivos para pensar que el Pueblo se congregaría a su alrededor si se negara a cooperar con sus antagonistas. La política normal, siempre importante, es ahora ascendente: los políticos tratan de alcanzar compromisos razonables en ausencia de una orientación decisiva de una mayoría movilizada de sus conciudadanos.

También esto cambiará. Pero de momento es incluso más importante que en otras ocasiones considerar cómo el Tribunal Supremo moderno ha cumplido con el rol conservacionista que la teoría dualista le atribuye como su misión específica durante la política normal.

El Tribunal Supremo

En esta exploración introductoria me centro en el problema interpretativo básico que los tribunales modernos comparten con sus predecesores de la República Media: el problema de la síntesis intergeneracional[15]. Desde la Guerra Civil los magistrados del Tribunal Supremo han dejado de considerar la Constitución como la expresión culminante de los logros revolucionarios de una única generación de estadounidenses. Se han debatido, en cambio, con las cuestiones interpretativas suscitadas por una Constitución que ha sido profundamente transformada, pero en absoluto rechazada, a través de la política constitucional de una serie de generaciones.

Este proyecto posterior a la Guerra Civil toma un nuevo giro después de 1937. Al igual que en la Reconstrucción, los magistrados del *New Deal* asisten al rechazo popular de algunos de los principios centrales del régimen constitucional precedente. Ante sus propios ojos, las decisiones del Tribunal Supremo que sirvieron para resumir la interpretación judicial de la Constitución (*Dred Scott, Lochner*) eran ahora, tras una amarga y larga batalla, decisivamente rechazadas en nombre del Pueblo por los Demócratas/Republicanos victoriosos. Una tarea crítica tanto del Tribunal medio como del Tribunal moderno temprano era evaluar la revolución constitucional de

---

[15] Véase el capítulo 4, pp. 113-131.

la que habían sido testigos los magistrados: ¿equivalía a un rechazo total de la tradición constitucional preexistente y a su sustitución, a la manera de la Constitución original de 1787, por una nueva síntesis integral? ¿Era un cambio menor de unas cuantas reglas, al modo de una nueva supernorma constitucional que dejaba intacta la síntesis anterior?

Este paralelismo entre los tribunales de las Repúblicas Media y Moderna se desdibuja en la narrativa profesional moderna. Dado que esta narrativa no reconoce que el *New Deal* haya creado un nuevo régimen constitucional, no puede empezar a identificar rasgos comunes en el dilema interpretativo al que se enfrentan los tribunales de las dos eras históricas. Esto hace imposible que los magistrados modernos aprendan de sus predecesores a la hora de confrontar sus propios dilemas de síntesis multigeneracional. Una vez que nos desprendemos del mito del redescubrimiento, se abre una nueva perspectiva histórica: podemos comparar sistemáticamente la forma en que los magistrados de la República Media abordaron su problema de síntesis durante los setenta años que median entre la Reconstrucción y la Gran Depresión con la moderna confrontación judicial del último medio siglo.

La senda de la ley

El resultado es especialmente gratificante porque encontraremos algunas similitudes sorprendentes en la respuesta interpretativa. Al igual que sus predecesores de la Reconstrucción, el Tribunal del *New Deal* rechazó las soluciones simplistas al problema de la síntesis. Rechazó considerar que el apoyo popular al *New Deal* equivaliese a una revisión integral de la Constitución o a la promulgación de unas cuantas supernormas que no cambiaban nada fundamental. En realidad, el Tribunal trató el rechazo popular de la jurisprudencia *Lochner* dictada en función de la defensa de la propiedad como una enmienda transformadora que expresaba un cambio profundo, aunque no total, en la identidad constitucional estadounidense. Igual que había hecho después de la Reconstrucción, el Tribunal respondió a este diagnóstico recogiendo fragmentos de la tradición más antigua que no habían sido rechazados por la reciente transformación, revisándolos a la luz de logros más recientes e integrándolos en un *corpus* doctrinal mayor. Efectivamente, si comparamos el camino recorrido por la síntesis durante los setenta años de la República Media con la senda iniciada por los tribunales modernos durante el último medio siglo, surge una dinámica común: en ambos casos se produjo un movimiento desde un intento de síntesis particularista a un intento más integral.

Como sugería nuestro bosquejo de la República Media, el simple paso del tiempo propulsa en parte este movimiento. Durante la primera parte

del régimen, los magistrados son muy conscientes de las tremendas consecuencias del último movimiento exitoso de política constitucional. No solo experimentaron las agonías de la creación constitucional, sino que a menudo participaron en ella como protagonistas decisivos; de lo contrario, no hubieran sido nombrados miembros del Tribunal Supremo. A diferencia de la última solución constitucional, que habían podido vivir personalmente, los magistrados tempranos solo pudieron conocer los logros de las generaciones anteriores en los libros. Además, los textos jurídicos los habían escrito generalmente personas pertenecientes a la última generación, la que no había vivido personalmente los grandes acontecimientos más recientes.

Es esta discrepancia entre la experiencia vivida y el aprendizaje a través de los libros lo que, a mi modo de ver, contribuyó al carácter particularista de la temprana síntesis alcanzada por los magistrados de la República Media. Trataron de preservar al máximo lo que habían aprendido en los libros sobre la Fundación interpretando exhaustivamente su experiencia vivida de la Reconstrucción. Por lo que a ellos concernía, las enmiendas de la Guerra Civil solo transformaron el estatus de los *negros*; cuando, como en los *Slaughterhouse Cases*, eran lo blancos quienes deseaban aprovecharse de las enmiendas, una mayoría de los magistrados se negaba a generalizar el nuevo nacionalismo, libertarismo e igualitarismo de las enmiendas de la Guerra Civil más allá del contexto de las relaciones raciales. Esta definición particularista de la experiencia vivida les permitía, a su vez, interpretar lo que habían aprendido en los libros acerca de la Fundación con un espíritu muy diferente, como la fuente de unos principios generales que debían seguirse en general, con excepción de los contextos especiales regulados por la Reconstrucción.

Con el tiempo, este enfoque dio lugar a una aproximación más comprehensiva a la síntesis. A medida que la experiencia vivida de la Reconstrucción se desvanecía, ya no parecía sensato tratar los principios de 1868 como si fuesen de un tipo diferente, y más limitado, que los principios de 1787. En vez de limitar la validez de los nuevos principios republicanos al contexto de las relaciones raciales en el que se habían originado, los tribunales los sintetizaron cada vez más con las viejas ideas federalistas de una forma holística que les confería un estatus igual en la síntesis doctrinal emergente[16].

Mi tesis es que un movimiento similar desde el particularismo a la exhaustividad ha caracterizado el trabajo sintético de los tribunales de la República Moderna.

---

[16] Véase el capítulo 4, pp. 122-127.

Triangulando el problema

Para entender bien este movimiento interpretativo, en primer lugar, hemos de definir una diferencia básica entre los tribunales medios y modernos. Aunque ambos se enfrentaron a los dilemas de la síntesis intergeneracional, el problema alcanzó un nuevo nivel de complejidad para el poder judicial moderno. Al igual que el Tribunal de la República Media, los jueces modernos abordaron la relación doctrinal entre los logros constitucionales de las generaciones de la Fundación y la Reconstrucción mientras decidían casos concretos. Pero ahora la legitimación radical del gobierno intervencionista que hacía el *New Deal* añadía dos nuevas dimensiones al problema interpretativo. Una y otra vez, los litigios forzaban a los magistrados a definir la relación entre los principios del *New Deal* y los heredados de la Fundación y la Reconstrucción.

Para apreciar estos nuevos retos, primero hemos de reflexionar sobre el impacto que tuvo el *New Deal* sobre las ideas legales recibidas de la Fundación. Durante los primeros ciento cincuenta años, pocos dudaron de que los Federalistas de la Fundación habían otorgado un alto valor constitucional a la propiedad privada y a la libertad de mercado. Dado que el *New Deal* había rechazado claramente *este* compromiso de la Fundación, los tribunales modernos tendrían que encontrar una forma de preservar estos fragmentos del ideal de la Fundación que habían sobrevivido al rechazo popular de la concepción de un gobierno limitado orientado por la propiedad. ¿Cómo iba a proceder el Tribunal frente a este complejo acto de reinterpretación? Llamo a esto el problema de la síntesis uno - tres ya que se trata de la armonización de los grandes puntos de inflexión primero y tercero de nuestra experiencia constitucional. Analíticamente al menos, este es un problema diferente de la síntesis dos-tres. Pero, una vez más, la dificultad central gira en torno al derecho a la propiedad y a la libertad contractual. Como he sugerido en el último capítulo[17], los tribunales de la República Media tenían razón al insistir en que las enmiendas de la Guerra Civil reforzaban masivamente estos valores en el nuevo régimen constitucional. De forma muy obvia, la Enmienda de la Emancipación provocó un cambio fundamental en la relación de los esclavos negros con la propiedad y los contratos. Una persona de color ya no podía ser tratada como susceptible de ser propiedad de otra persona; ahora se garantizaba a los negros libertos el derecho a adquirir y transferir propiedades en las mismas condiciones que los blancos. Naturalmente, este era un tipo muy formal y abstracto de libertad para los esclavos africanos que habían estado implacablemente reprimidos durante siglos. La Decimocuarta y la Decimoquinta Enmiendas, además, prometían a los afroestadounidenses

[17] Véase el capítulo 4, pp. 127-130.

algo más que esto. De todos modos, no tenía nada de arbitrario que los tribunales de la República Media hiciesen hincapié en la libertad de mercado a la hora de sintetizar el significado constitucional de la Fundación y la Reconstrucción.

Esto significaba que al Tribunal moderno le iba a costar trabajo desarrollar una síntesis dos-tres creíble. La interpretación que hacía el Tribunal del significado de las enmiendas de la Reconstrucción ya no podía centrarse en proteger el derecho de cada estadounidense a poseer y transferir su propiedad privada. Tenía, en cambio, que replantearse el significado de la garantía de la Reconstrucción a la «igual protección» y a un «proceso con las debidas garantías» en un mundo posterior al *New Deal* en el que la posesión y el intercambio de propiedad privada era menos central ¿Cómo tenía que llevarse a cabo este acto de síntesis interpretativa?

Esta cuestión dos-tres requería una confrontación judicial con aquellas voces republicanas que expresaban unas opiniones políticas diferentes de las que sostenían los Fundadores dos generaciones antes. Así, los tribunales implicados en la síntesis dos-tres se enfrentaban a unos problemas interpretativos bastante diferentes de los que eran relevantes para la síntesis uno-tres.

Pese a todas sus diferencias analíticas y sustantivas, sin embargo, los tribunales modernos han encontrado a menudo que no pueden responder a cuestiones dos-tres sin abordar también problemas uno-tres, los cuales con frecuencia se entrelazan también con problemas uno-dos planteados por la constante necesidad de armonizar la Fundación con la Reconstrucción. Los retos multifacéticos implicados en la síntesis uno-dos-tres obligan al Tribunal moderno a ir más allá del horizonte interpretativo más simple de la República Media.

De todos modos, es mejor empezar confrontando el problema sintético que los jueces modernos comparten con sus predecesores de la República Media: el problema uno-dos implícito en la armonización de los imperativos en conflicto de la Fundación y la Reconstrucción. Incluso este problema ha sido radicalmente transformado por el *New Deal*. Considérese, por ejemplo, la clásica cuestión de la síntesis uno-dos suscitada por la relación existente entre las enmiendas de la Guerra Civil y la Carta de Derechos (que se había aplicado solo al gobierno nacional durante la República Temprana). Los tribunales de la República Media, como los de la Moderna, optaron por el camino de la «incorporación selectiva», imponiendo a los estados solamente aquellos aspectos de la Carta de Derechos que consideraban fundamentales. Durante la República Media, los tribunales seleccionaron la «Takings Clause» (cláusula sobre expropiaciones) de la Quinta Enmienda como el eje central de sus actividades

incorporacionistas[18]. Después del *New Deal*, sin embargo, los tribunales modernos tuvieron que reconsiderar esta atención a la propiedad y hacer hincapié en nuevos aspectos de la Carta de Derechos si querían dar un significado continuo a la Fundación a la luz del rechazo popular del *laissez-faire* en la década de 1930. Pero, ¿a qué aspectos? ¿Cómo debía de concebirse el proceso de reintegración doctrinal?

Naturalmente, ningún caso individual podía resolver estas cuestiones de una vez por todas. Los dictámenes más importantes solo podían aislar unos cuantos aspectos para su deliberación intensiva, dejando otros a otros tribunales y a otros casos. De hecho, al comienzo, los casos más importantes no decidían demasiado. Obtuvieron su valor perdurable sugiriendo meramente posibles métodos por medio de los cuales podrían resolverse los nuevos problemas sintéticos. Solo después, las sugerencias del periodo temprano motivaron actos de síntesis judicial más seguros, con unas soluciones particularistas que se van fortaleciendo unas a otras con el tiempo en su camino hacia una interpretación más integral.

Salvar el pasado: *Carolene Products* y más allá

Entre los primeros intentos de redefinición, el más importante de todos está contenido en una nota a pie de página cuyo carácter provocativo la ha convertido en la más famosa de la historia del Tribunal Supremo: la nota 4 del caso Carolene Products[19].

¿Por qué una nota a pie de página?

El hecho de que empecemos con una nota a pie de página tiene importancia en sí mismo[20]. Tal como estaban las cosas en 1938, el Tribunal tenía cosas

---

[18] Véase Chicago, Burlington & Quincy Railway v. City of Chicago, 166 U.S., 226 (1897). La «incorporación» formal de la «Takings Clause» contra los estados se produjo el mismo año que comenzó la protección agresiva de la «libertad contractual». Véase Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S., 1897, p. 578. El inicio en 1897 de esta interpretación más agresiva de la libertad constitucional del derecho a la propiedad y al contrato no fue en absoluto accidental. Se produjo inmediatamente después de que los Populistas tratasen de redefinir la agenda constitucional en las elecciones de 1896. La relación entre este momento constitucional fallido y el ascenso de la jurisprudencia *Lochner* será investigada más extensamente en el tercer volumen de esta serie, *Interpretaciones*.

Describiendo la propiedad y el contrato como el eje central de la República Media, no estoy sugiriendo que el Tribunal se despreocupase totalmente de otros aspectos de la libertad que hoy parecen más centrales. Compárese, por ejemplo, Boyd v. United States, 116 U.S., 1886, p. 616, con Twining v. New Jersey, 211 U.S., 78 (1908). Véase también David Rabbin, «The First Amendment in Its Forgotten Years», *The Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 514.

[19] United States v. Carolene Products, 304 U.S., 144, 152 n. 4 (1938). Este bosquejo introductorio omite otros reveladores ensayos de síntesis durante el periodo inicial del *New Deal*: Palko v. Connecticut, 302 U.S., 319 (1937); Erie Railroad v. Tompkins, 304 U.S., 64 (1937); West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S., 624 (1943), entre otros.

[20] Véase J. M. Balkin, «The Footnote», *Northwestern University Law Review*, vol. 83, 1989, p. 275.

más urgentes que hacer con este texto que cavilar sobre la relación existente entre la transformación del *New Deal* y los fragmentos de la Fundación y de la Reconstrucción que quedaron. Un año después del «cambio a tiempo», el Tribunal que se ocupó del caso *Carolene* todavía estaba forcejeando para acomodar el impulso principal del propio *New Deal*.

Como hemos visto, Roosevelt y el Congreso del *New Deal* no habían elegido codificar sus nuevos principios constitucionales promulgando unas cuantas enmiendas formales del tipo contemplado en el Artículo 5. Lo que hicieron el Presidente y el Congreso fue dejar a los propios magistrados que codificasen la revolución del *New Deal* en una serie de dictámenes judiciales transformadores al tiempo que amenazaron al Tribunal con nombrar nuevos magistrados, y alterar así su composición, si no aceptaba esta nueva responsabilidad constitucional. Cuando los magistrados realizaron su famoso «cambio a tiempo» durante la primavera de 1937, empezaron a ejecutar la tarea que el Presidente y el Congreso les habían asignado. Cuando llegó el verano, este nuevo trabajo todavía no había dado sus primeros frutos[21]. Solo elaborando y reforzando los nuevos principios constitucionales una y otra vez en los años siguientes, el Tribunal pudo tranquilizar a un Presidente, un Congreso y unos electores que mantenían la suspicacia y convencerlos de que los magistrados habían aceptado completamente la legitimidad constitucional del *New Deal* y de que habían comprometido al sistema judicial en la elaboración afirmativa de sus implicaciones para la norma superior[22].

Ahora bien, es precisamente la dedicación del Tribunal del *New Deal* a esta función codificadora lo que llevó las sugerencias de Carolene acerca de la síntesis hasta las notas a pie de página. El texto de Carolene continúa el asalto del mandato anterior al ideal de libertad constitucional orientado hacia la propiedad que era propio de la República Media. Niega una vez más que la intervención activista en la economía ponga en peligro los valores constitucionales fundamentales. A partir de este momento, la mayoría declara que el Tribunal «presumirá» la «existencia de hechos a favor […] de la legislación reguladora relativa a las transacciones comerciales ordinarias». Solo si la intervención reguladora careciese de toda «base racional» consideraría el Tribunal su invalidación[23].

---

[21] Véase, por ejemplo, West Coast Hotel v. Parrish, 300 U.S., 379 (1937); National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S., 1 (1937); Steward Machine Co. v. Davis, 301 U.S., 548, (1937).

[22] Como sugeriré en el siguiente volumen, este proceso de codificación no terminó hasta el tercer mandato de Roosevelt, cuando un Tribunal reconstituido rechazó *por unanimidad* premisas centrales del régimen de la República Media en una serie concluyente de dictámenes transformadores. Véase, por ejemplo, Estados Unidos v. Darby, 312 U.S., 1941, p. 100; Wickard v. Filburn, 317 U.S., 11 (1942).

[23] Véase United States v. Carolene Products, 304 U.S., 152 (1938).

Esta formulación ha tenido un profundo impacto en el derecho de la República Moderna. La doctrina de la «base racional» de Carolene es tratada con el mismo tipo de respeto que los tribunales otorgan a otras fórmulas de importancia fundamental, como la exigencia de «libertad de expresión», que debemos a la Fundación, o la «igual protección» que debemos a la Reconstrucción. El hecho de que estas últimas fórmulas puedan encontrarse, respectivamente, en la Primera y en la Decimocuarta Enmiendas, mientras que la «base racional» tiene su fuente en Carolene, no constituye ninguna diferencia en la argumentación legal moderna[24]. Las tres fórmulas se consideran como puntos fijos y fundamentales en la conciencia jurídica moderna. Por este motivo, *Carolene* debería contarse entre los *dictámenes transformadores* que la República Moderna utiliza para conmemorar las soluciones constitucionales de la década de 1930.

Dedicaré mucho más tiempo a este uso característico de los dictámenes judiciales. Pero ahora mismo estoy más interesado en la forma en que la famosa nota a pie de página de *Carolene* va más allá de su texto en dirección a una síntesis intergeneracional. La nota invita a los juristas a empezar, una vez más, el proceso de identificar fragmentos de la vieja tradición que habían superado la reciente revolución constitucional ¿Cómo situar estos fragmentos en un todo emergente que hiciera justicia a la transformación más reciente de la que habían sido testigos los magistrados?

Síntesis particularistas

Esta es precisamente la pregunta que se hacían los propios magistrados los primeros días de la República Media. Pero es la respuesta, no menos que la pregunta, lo que une a los tribunales de los dos regímenes. En cada caso, los primeros magistrados trataron de salvar el máximo de conocimiento a través de los libros caracterizando las transformaciones más recientes con categorías particularistas propias de la experiencia vivida. En ambos casos, los primeros Tribunales eran reacios a generalizar los nuevos principios validados por el Pueblo más allá del contexto político particular en el que fueron elaborados. Por lo que se refiere al caso *Slaughterhouse*, la década de 1860 barrió completamente la vieja ley de las *relaciones raciales*; en todos

[24] La enorme influencia de las formulaciones del Tribunal del *New Deal* requiere una reconsideración de la afirmación corriente según la cual el *stare decisis* desempeña un papel poco importante en el derecho de la República Moderna. Una vez que prescindimos del mito del redescubrimiento que actualmente disfraza el *New Deal*, encontramos que el principio *stare decisis* es particularmente poderoso por lo que respecta a las codificaciones históricas que hizo el *New Deal* del Estado del bienestar intervencionista. Incluso conservadores que profesan una devoción a las «intenciones de los Artífices» se niegan a repensar estas doctrinas pese a su reconocimiento de que no tienen fundamentos profundos en la Fundación. Véase R. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, cit., p. 216.

los demás asuntos el Tribunal trató de autoconvencerse de que lo que había aprendido en los libros del periodo anterior permanecía (más o menos) intacto. Y lo mismo puede decirse de *Carolene*. Los magistrados del *New Deal* tenían claro que la década de 1930 había barrido la vieja ley de las *relaciones económicas;* en todos los demás asuntos, sin embargo, su nota a pie de página expresaba una reticencia de tipo *Slaughterhouse* a generalizar más allá del contexto de las «transacciones comerciales ordinarias» que habían preocupado particularmente a Roosevelt y a los Congresos del *New Deal*. Su nota a pie de página busca formas de expresar la idea de que la transformación constitucional más reciente no había arrasado completamente las tradiciones relativas a la norma superior transmitidas por la Fundación y la Reconstrucción.

Sin embargo, del dicho al hecho hay mucho trecho. La propiedad y el contrato habían sido temas centrales en el legado dejado tanto por la Fundación como por la Reconstrucción. El nuevo acto de síntesis requería una reconceptualización radical de estos primeros logros constitucionales de una forma que hiciese justicia al rechazo por parte del *New Deal* de las relaciones económicas basadas en el *laissez-faire*. Desde esta perspectiva, podemos empezar a valorar la notable capacidad de la nota a pie de página de *Carolene* para servir de faro, pese al medio siglo transcurrido. En tres cortos párrafos, la nota señalaba no uno, sino dos caminos hacia la síntesis intergeneracional, caminos que años más tarde iban a convertirse en auténticas autopistas.

«Prohibiciones específicas»

El primer párrafo de la nota sugiere que la contundente presunción de constitucionalidad de la intervención activista característica del *New Deal* «puede» (nótese la vacilación) tener un «alcance más limitado» cuando:

> la legislación parece ser objeto de una prohibición específica de la Constitución, como las recogidas en las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando se entiende que están contenidas en la Decimocuarta[25].

La sugerencia clave es que la Carta de Derechos puede interpretarse correctamente como una lista de «prohibiciones específicas». Una vez concedido esto, los tribunales podrían extirpar quirúrgicamente las orientaciones relativas a la propiedad y al contrato de la Fundación y de la Reconstrucción, preservando al mismo tiempo las otras afirmaciones de valor contenidas en estos anteriores periodos de creación constitucional.

---

[25] Véase United States v. Carolene Products, 304 U.S., 1938.

Después de todo, si uno lee la Carta de Derechos como si fuera una lista, las palabras «propiedad» y «contrato» no aparecen muy a menudo. «Propiedad» aparece solo dos veces[26], mientras que «contrato» no aparece ninguna (ya que los Federalistas lo consideraban tan importante que no esperaron hasta 1791 para incluirlo en la Carta de Derechos, sino que lo protegieron en la Constitución original de 1787 prohibiendo a los estados «interferir en las obligaciones contractuales»)[27]. Así, si la Carta de Derechos es una lista de «prohibiciones específicas», parecería que casi ninguna de dichas prohibiciones se había visto afectada por el rechazo del *New Deal* a interpretar la libertad constitucional desde un punto de vista orientado por la propiedad. Para salvar esta valiosa pieza de la Fundación, «todo» lo que se requería era minimizar la importancia de las cláusulas sobre la «propiedad» como parte de una reorientación general de la atención judicial dedicada al gran número de otras prohibiciones «específicas» contenidas en la lista.

Incluso en el momento mismo en que el Tribunal se expresaba, estaba perfectamente claro que las prohibiciones de la Carta de Derechos sobre el «establecimiento de la religión», sobre «los registros e incautaciones poco razonables» o sobre una pena «cruel, inhumana o degradante» no eran más específicas que las cláusulas sobre la «propiedad» y el «contrato» que los magistrados estaban tratando de desplazar a la periferia. El propio texto de la Carta de Derechos, además, parecía excluir el planteamiento que hacía *Carolene*, dada la categórica advertencia contenida en la Novena Enmienda de que «la enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será interpretada como una negación o un menoscabo de otros derechos del Pueblo».

Pero todos estos reparos no venían realmente al caso. En 1938, la cuestión para los magistrados no era la «intención original» de la generación de la Fundación. El problema era integrar sintéticamente la Fundación en la revolución del *New Deal*. La retórica de las «prohibiciones específicas» parecía atractiva al sugerir que los tribunales modernos podrían dividir la Carta de Derechos en dos partes: una breve lista de «detalles» relativos a la propiedad que había visto reducida su importancia por la transformación del *New Deal* y una lista mucho más larga de otras cláusulas «específicas» que habían sobrevivido relativamente intactas a esta reciente transformación.

---

[26] La palabra aparece dos veces en la Quinta Enmienda, que ofrece garantías contra la privación de «la vida, la libertad y la propiedad, sin el debido proceso; tampoco podrá incautarse ninguna propiedad privada para uso público sin la debida compensación».

[27] Art. 1, sec. 10 de la Constitución estadounidense.

Dada la desgarradora reorientación requerida para relegar a la propiedad y al contrato en el esquema constitucional, la retórica de la «especificidad» tenía otra gran ventaja. Permitía a los magistrados proceder a su tarea de síntesis de una forma apropiadamente cautelosa. En vez de dedicarse a hacer grandes proclamas acerca del significado perdurable de la Carta de Derechos en el mundo posterior al New Deal[28], podían centrarse en el significado de una u otra cláusula «específica» de la lista: la «libertad de expresión» o «los registros e incautaciones poco razonables». Con el tiempo, la nueva jurisprudencia contenida en cada una de estas cláusulas empezaría a sugerir la existencia de unos patrones más generales que harían posible una interpretación más integral de la relación existente entre la Fundación y el *New Deal*.

Sustantivamente, esta nueva síntesis sería muy diferente de la elaborada por la República Media. Para el Tribunal anterior, el mercado económico servía de contexto paradigmático para la protección de las libertades constitucionales. El Tribunal moderno, guiado por su «estrategia de la lista», empezó a hacer hincapié en un lenguaje constitucional diferente y a cambiar contextos paradigmáticos para expresar el valor permanente del compromiso de la Fundación con la libertad en un mundo posterior al *New Deal*.

Tres son las líneas de la actividad sintética que vale la pena destacar. La primera implica el procedimiento penal. Considerada como una lista, buena parte de la Carta de Derechos enumera limitaciones al uso tiránico de la ley penal: límites a la autoridad del gobierno para registrar, incautar, acusar, condenar y castigar. ¿Acaso esta preocupación por la libertad constitucional no se había vuelto irrelevante después de la validación del gobierno intervencionista durante la década de 1930? O, al contrario, ¿no era incluso más importante ahora que el ciudadano ya no podía proteger su libertad constitucional por medio del contrato y de la propiedad? Si queremos expresar en una sola línea un proceso muy complejo de litigios caso por caso, podemos considerar el énfasis contemporáneo en el procedimiento penal como parte del proceso por el que los tribunales modernos han llenado el «vacío constitucional» dejado por el colapso de la propiedad y el contrato[29].

[28] El Tribunal también empezó a experimentar con esta técnica sintética más ambiciosa aproximadamente al mismo tiempo que su decisión histórica en el caso Palko v. Connecticut, 302 U.S., 319 (1937). Discutiré detenidamente más adelante la relación existente entre *Palko* y este aspecto de *Carolene*.

[29] Si bien la literatura especializada que trata de la constitucionalización del procedimiento criminal es muy abundante, no he encontrado muchos intentos –como el que se aborda en el texto– de integrar este estudio especializado en unos patrones más generales de evolución doctrinal. Para una discusión que invita a la reflexión sobre este notable vacío, véase Howard Gutman, «Academic Determinism: The Division of the Bill of Rights», *Southern California Law Review*, vol. 54, 1981, p. 295.

Pero esta estrategia «enumerativa» alentó al Tribunal moderno a compensar de otras maneras la devaluación de la libertad de mercado que había introducido el *New Deal*. La Carta de Derechos dedica solo seis cláusulas a la Primera Enmienda y aproximadamente quince al procedimiento penal en la Cuarta, Quinta, Sexta y Octava Enmiendas. De todos modos, leyendo estas majestuosas generalidades como si fuesen garantías «específicas» radicalmente distintas de las relativas a la propiedad y al contrato, el Tribunal moderno podía una vez más llenar el vacío con fragmentos de la Fundación.

Empecemos con la exigencia de la Primera Enmienda que reza: «El Congreso no aprobará ninguna ley respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma […]». Si siguiéramos el criterio de *Carolene* y fingiésemos que las cláusulas sobre el establecimiento y el libre ejercicio estaban llenas a rebosar de «prohibiciones específicas», podríamos sentar los fundamentos de un lenguaje constitucional poderoso que preserva determinados aspectos de la libertad privada pese a la desaparición de la propiedad y del contrato. La libertad de culto es, por supuesto, un derecho diferente del derecho a la libertad contractual pero ambas doctrinas insisten en que cada estadounidense tiene derecho a seguir su propio camino, libre de la intervención del Estado, en un ámbito crucial de la experiencia[30].

Aunque tal vez es un tercer conjunto de «prohibiciones específicas» el que ha demostrado ser más importante en esta amplia reorientación doctrinal: «El Congreso no aprobará ninguna ley […] que restrinja la libertad de expresión». Durante los regímenes anteriores, la elaboración judicial de esta cláusula había sido notable por su frugalidad[31], lo cual fue en parte una consecuencia de segundo orden de la aplicación práctica de otros principios constitucionales. En la medida en que los ideales constitucionales de la libertad de mercado estaban en alza, los propietarios de una imprenta, por ejemplo, podían expresar muchos de sus intereses básicos en el lenguaje constitucional en ascenso de la propiedad y el contrato. Si los productores de pan y de leche tenían el derecho constitucional de vender lo que quisieran a cualquier comprador que encontrase el precio aceptable, ¿no tenían derecho los productores de libros y periódicos a un rango comparable de libertad de mercado? El principio constitucional que limitaba el gobierno nacional también tenía una importante influencia restrictiva.

---

[30] Para un uso libertario reciente de esta estrategia «ligada a las cláusulas», véase Michael McConnell, «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion», *Harvard Law Review*, vol. 103, 1990, p. 1409.

[31] Un punto de vista revisionista que a mi modo de ver enriquece, pero no socava, la sabiduría convencional expresada en el texto es el de David Rabban, «The First Amendment in Its Forgotten Years», *The Yale Law Journal*, vol. 90, 1981, p. 514; y David Rabban, «The Emergence of Modern First Amendment Doctrine», *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, p. 1205.

Si los poderes limitados del gobierno federal no le permitían regular la manufactura estatal de hierro y acero, ¿acaso no le prohibían también «restricciones previas» en el contenido de los periódicos locales?

Esto significaba que los ataques graves a la libertad de expresión por el gobierno nacional eran relativamente raros y se limitaban en gran parte, aunque no exclusivamente[32], a patologías surgidas durante y después de la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial. Durante estas extraordinarias circunstancias los tribunales no se distinguieron precisamente por su defensa de los valores de la Primera Enmienda. Aunque los magistrados modernos evocan sin parar pronunciamientos judiciales categóricos a favor de la libertad de expresión desde la historia temprana, estas famosas declaraciones no se encuentran normalmente en los dictámenes de la mayoría[33].

Los precedentes represivos del Tribunal adquieren un carácter más ominoso con la transformación del *New Deal*. Los productores de ideas ya no podían exigir las mismas contundentes protecciones ofrecidas a los propietarios. Teniendo en cuenta la recién descubierta legitimidad de los intentos en curso realizados por el gobierno nacional para gestionar el mercado (supuestamente) libre, se necesitaba con urgencia una nueva retórica de la libertad. Y era precisamente aquí donde la «especificidad» podía llenar el hueco. Los tribunales modernos podían mostrar respeto por el *New Deal* y, sin embargo, decir que la garantía «específica» otorgada por la Primera Enmienda a la libertad de expresión otorgaba una protección especial al «mercado libre de las ideas»[34].

Al explorar los «detalles concretos» de la libertad de expresión, sin embargo, el Tribunal ha hecho hincapié en dimensiones de la libertad constitucional diferentes a las elaboradas en función de las cláusulas que tratan del procedimiento penal y de la religión. En estas otras áreas, la preocupación principal del Tribunal ha sido la de fortalecer dos nuevas zonas de libertad privada en lugar de las libertades de mercado que habían sido borradas por el *New Deal*. Los casos de «libertad de expresión» han tenido que ver especialmente con la preservación de libertades públicas, no privadas. Los controles gubernamentales más vulnerables a la invalidación judicial han amenazado la participación política, no meramente formas privadas de autorrealización[35].

---

[32] *Ibid.*

[33] Véase, por ejemplo, Abrams Estados Unidos, 250 U.S., 616, 624 (1919), (Holmes, J., voto particular); Whitney contra. California, 274 U.S. 1919, pp. 357, 372 (Brandeis, J., voto concurrente).

[34] La fórmula deriva de la famosa discrepancia del juez Holmes en Abrams v. Estados Unidos, 250 U.S., 616, 630 (1919), aunque la medida en que representa un compromiso holmesiano profundo con los principios liberales es bastante discutible. Yosal Rogat & James O'Fallon, «Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion – The Speech Cases», *Stanford Law Review*, vol. 36, 1984, p. 1349.

[35] Sé que aquí estoy pintando un cuadro de trazo grueso. Las formas privatistas de expresión han recibido la protección de la Primera Enmienda; solo su estatus ha sido visto como más problemático que el de aquellos derechos que implican el ejercicio de la ciudadanía. Véase Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, sec. 12-15 («The Assimilation of Commercial Speech into the First Amendment»), y sec. 12-16 («The Continuing Suppression of Obscenity»), 1988, 2ª ed.

El eje de la preocupación doctrinal ha sido el derecho de la ciudadanía a expresar su opinión en materias de interés público.

La estrategia «enumerativa», en pocas palabras, ha proporcionado una técnica crucial para que el Tribunal moderno pudiera preservar dos aspectos de la Fundación en una era posterior al *New Deal*. Al mismo tiempo que la libertad constitucional de un estadounidense para realizar intercambios privados en el mercado se desplomaba, su derecho a vivir libre de detenciones arbitrarias y acusaciones penales, su derecho a definir sus convicciones políticas y religiosas libre del omnipresente control gubernamental, habían mejorado enormemente. Además de la mejora de estas libertades privadas, el Tribunal había utilizado los «detalles específcos» de la Primera Enmienda para hacer hincapié en la profunda importancia que tenía la autodefinición política en un mundo sin la protección constitucional que había proporcionado anteriormente a la propiedad privada.

Hasta ahora me he centrado en el uso que hace *Carolene* de la retórica de la especificidad en la medida en que se relaciona con un aspecto del moderno problema de la síntesis: cómo integrar la afirmación de la libertad que hace la Fundación (Momento Uno) con la reivindicación que hace el *New Deal* del gobierno nacional intervencionista (Momento Tres). La misma estrategia retórica jugó un papel importante al permitir que el Tribunal hiciese una readaptación de los términos de la relación legal existente entre la Fundación (Momento Uno) y la Reconstrucción (Momento Dos). Aquí, la nota a pie de página afirma que las prohibiciones «específicas» que la generación de la Fundación aplicaba al gobierno federal han de ser «consideradas igualmente específicas» si el Tribunal sostiene que han de «ser incluidas» en los términos nada específicos de la Decimocuarta Enmienda. Con esta medida, el Tribunal del *New Deal* estaba basándose en un enfoque introducido durante la República Media. Dada la forma en la que los tribunales de la República Media trataban de armonizar la Fundación y la Reconstrucción, confiriendo un lugar central a la propiedad, la cláusula «específica» que esos magistrados consideraban más importante era la «*Takings Clause*» (cláusula sobre expropiaciones) de la Quinta Enmienda: «no podrá expropiarse ninguna propiedad privada para uso público sin la debida compensación»[36]. Dada la afirmación que hace el *New Deal* de la intervención del Estado en la economía, diferentes «detalles específicos» servirían como eje del intento en curso del Tribunal moderno de sintetizar la Fundación y la Reconstrucción, particularmente las cláusulas relativas a la libertad de expresión, a la libertad de culto y al procedimiento penal. Al pretender que estas cláusulas estaban llenas de «detalles específicos», el Tribunal

---

36 Véase p. 146, supra.

veía la posibilidad de redirigir, aunque no de abandonar, una idea central de la República Media. Al igual que sus predecesores, los jueces modernos entienden que el nacionalismo expresado por el Pueblo después de la Guerra Civil hacía apropiado considerar la Carta de Derechos federalista de un nuevo modo: en adelante, los derechos fundamentales de los estadounidenses estarían protegidos frente a los incumplimientos estatales, no menos que frente a los federales. Solo entonces los magistrados colocaron en el centro de su síntesis de la Fundación y la Reconstrucción unos «detalles» diferentes de aquellos en los que hacían hincapié sus predecesores cuando concedían una importancia central a la propiedad.

De la propiedad a la democracia

En 1938 no estaba muy claro que el Tribunal fuese a salir de los escombros con un sentido intacto de su misión conservacionista. Del mismo modo que tras el rechazo de *Dred Scott* durante la Reconstrucción, la tarea primordial del Tribunal fue establecer que había algo en la tradición preexistente que valía la pena preservar pese a la última gran transformación del sentimiento popular. Al destacar el hecho de que la Carta de Derechos contenía una larga lista de libertades «específicas» además de los derechos de libertad y de contrato, el Tribunal dijo algo que tuvo un amplio eco en la opinión pública.

Pero *Carolene*, como es bien sabido, fue más allá de esta operación inicial de salvamento. Y esto se produjo en un momento crucial de la comprensión del problema de la síntesis por parte del Tribunal. Para que se me entienda bien, considérese que la retórica de la «especificidad» podía, en el mejor de los casos, ayudar al Tribunal a hacer frente a solo dos de los tres problemas fundamentales de la síntesis: al abordar el problema uno-tres, los detalles de la Carta de Derechos entraban directamente en el intento del Tribunal de asegurarse (y de asegurar al Pueblo) de que la libertad constitucional no se limitaba a la protección del libre mercado; al abordar el problema uno-dos, estos «detalles» entraban por medio de la ficción legal de que las grandes abstracciones de la Decimocuarta Enmienda de la Reconstrucción «incorporaban» los «detalles» de la Carta de Derechos de la Fundación. Pero al abordar el tercer lado del triángulo sintético, la Carta de Derechos no era de ninguna utilidad, por la sencilla razón de que esta tercera cuestión no implicaba la relación de la Fundación con ningún desarrollo transformador posterior. La cuestión dos-tres, en cambio, invitaba al Tribunal a interpretar el significado de las enmiendas de la Reconstrucción (Momento Dos), teniendo en cuenta el rechazo de un ideal de libertad centrado en la noción de propiedad (Momento Tres). Si tenía que abordar esta cuestión seriamente, el Tribunal no podía evitar una confrontación directa con las grandes abstracciones de la Decimocuarta Enmienda: proteger a

todos los estadounidenses contra la restricción de sus «privilegios o inmunidades» como ciudadanos de la nación, garantizando a todas las personas «igual protección» y un «proceso con las debidas garantías». Si estos ideales republicanos eran algo más que receptáculos vacíos que incorporaban unos «detalles» seleccionados de la Carta de Derechos federalista, el Tribunal tendría que haber propuesto una nueva forma de interpretar sus órdenes, una forma radicalmente diferente de la teoría de la República Media centrada en la noción de propiedad. Y es precisamente aquí donde los párrafos finales de la nota a pie de página de *Carolene* hacen su contribución:

> Es [también] innecesario considerar ahora si la legislación que restringe aquellos procesos políticos susceptibles de provocar la rescisión de una legislación no deseada, ha de estar más sujeta a un escrutinio judicial riguroso a tenor de las prohibiciones generales de la Decimocuarta Enmienda de lo que lo están la mayoría de otros tipos de legislación. Respecto a las restricciones sobre el derecho al voto, véase [citas de casos omitidas]; respecto a las restricciones sobre la difusión de información, véase [citas de casos omitidas]; respecto a las interferencias con organizaciones políticas, véase [citas de casos omitidas]; y por lo que respecta a la prohibición de la reunión pacífica, véase [cita omitida].
>
> Tampoco necesitamos investigar si consideraciones similares intervienen en la revisión de leyes dirigidas a minorías particulares de tipo religioso, nacional o racial [citas omitidas]; si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial que tiende gravemente a restringir la puesta en marcha de aquellos procesos políticos en los que hay que basarse normalmente para proteger a las minorías, y que pueden requerir una investigación judicial correspondientemente inquisitiva [citaciones omitidas].

Como en otros aspectos del dictamen, las fórmulas introducidas en estos párrafos, sobre todo las observaciones relativas a las «minorías discretas e insulares», han sido enormemente influyentes en el desarrollo de la ley moderna a lo largo del último medio siglo[37]. A efectos introductorios, sin embargo, no necesitamos considerar el significado y el valor de estas formulaciones doctrinales particulares[38].

El punto importante tiene una carga de mayor profundidad. Es el notable intento de la nota a pie de página de reorientar el significado de las enmiendas de la Reconstrucción en el mundo posterior al *New Deal*. Así, la nota a pie de página no menciona el punto de vista de la República Media de la «igual protección», que garantizaba a cada persona

---

[37] El texto más importante aquí es el de John Ely, *Democracy and Distrust*, cit.

[38] Procedo a un intento de crítica doctrinal en «Beyond Carolene Products», *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p. 713.

un derecho igual a la propiedad privada y a contratar libremente respecto al uso de la misma[39]. Lo que propone, en cambio, es una nueva área de la vida como eje de la preocupación igualitaria. Esta es la estructura de la política. Aunque la política era siempre importante, su significado se había visto enormemente realzado en el seno del moderno Estado intervencionista. Los principios constitucionales que consagraban un gobierno limitado y la protección de la propiedad ya no restringen la capacidad de los grupos políticamente dominantes de reasignar recursos en su favor. La política, en cambio, sería el foro estratégico central en el sistema posterior al *New Deal*. Si individuos y grupos tuviesen que proteger y promover sus intereses, no tendrían otra opción que la de participar activamente en la vida política en curso del Estado y de la nación. Teniendo esto en cuenta, ¿no devino crucialmente importante considerar si la política moderna fue estructurada de un modo compatible con las afirmaciones igualitarias de la Reconstrucción?

Carolene no solo propuso esta reorientación política del significado de las enmiendas de la Reconstrucción; concibió el proceso político de una forma especialmente amplia. Aunque la nota a pie de página hacía hincapié en la importancia de distribuir entre todos los ciudadanos la parte de *inputs* fundamentales al proceso político que les corresponde (votos, información, etc.), sugería que supervisar la imparcialidad de los *inputs* políticos podría no ser suficiente y que los jueces también tendrían que examinar los *outputs* de la política ordinaria. A diferencia de los magistrados de la República Media, el Tribunal de la era moderna ya no temía que el poder político pudiese utilizarse para explotar a las clases adineradas. Reorientaba, en cambio, la preocupación central de la Decimocuarta Enmienda hacia la protección de las «minorías discretas e insulares» frente a los «prejuicios» mayoritarios. Una vez más, el Tribunal se estaba comprometiendo a preservar el significado igualitario de la Reconstrucción pese a la transformación profunda llevada a cabo por el *New Deal*: mientras dejaba que los ricos se ocupasen de sí mismos, sugería que el compromiso de la Decimocuarta Enmienda con la igualdad tenía que tener un significado más profundo en la política redistributiva del moderno Estado regulador.

Conclusión

Concluimos yuxtaponiendo las estrategias retóricas principales desplegadas en la nota a pie de página, a saber, la estrategia de la «lista de derechos específicos» del primer párrafo con la estrategia de la «democracia igualitaria»

[39] Véase, por ejemplo, Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S., 525 (1923).

contenida en los párrafos finales[40]. El contraste sugiere el movimiento más amplio en la interpretación que me propongo describir. La «lista de detalles» es, creo, una respuesta transparente al trauma provocado por la desgarradora experiencia del *New Deal*. Dado el lugar central que ocupan la propiedad y el contrato durante los ciento cincuenta primeros años de la República, su contundente rechazo por parte del Pueblo había dejado a los tribunales con una gran cantidad de fragmentos sin una concepción organizadora de la libertad constitucional. ¿Cómo preservar mejor la tradición de la norma de carácter superior que separando fragmentos aislados del centro rechazado y convenciéndose uno mismo de que muchas de las garantías particulares habían sobrevivido a la reciente revolución en el sentimiento popular?

Esta forma particularista de síntesis contrasta con la sugerencia interpretativa en los párrafos finales de *Carolene*. Aquí, la atención se centra en los ideales constitucionales organizativos, no en fórmulas «específicas». La propuesta crucial es que el ideal de la democracia igualitaria podría con el tiempo sustituir al ideal del mercado libre como base integral de la libertad constitucional; y que podríamos llegar a ver buena parte del patrimonio de nuestra norma superior como una preocupación por este valor global. A medida que avanzaba este proceso de integración doctrinal, parecía menos importante si uno u otro aspecto del ideal de la democracia igualitaria llegó por vez primera a nuestra norma constitucional durante la Fundación, la Reconstrucción o el *New Deal* (o en algún otro momento). El objetivo crucial, en cambio, sería la síntesis integral: mostrar cómo las crisis y las transformaciones del pasado pueden entenderse mejor como un esfuerzo popular, por imperfecto e incompleto que sea, a favor de la democracia igualitaria.

Con toda claridad, esto es mucho para que lo anticipe una simple nota a pie de página ¿En qué medida las profecías tempranas de la nota a pie de página se han realizado durante la vida de la República Moderna? ¿En qué medida hemos de ir más allá de *Carolene Products*?

Postergaré una respuesta sostenida a esta pregunta hasta un volumen posterior de esta serie[41]. Concluyo esta introducción examinando el moderno problema de la síntesis en un par de casos concretos: *Brown v. Board of Education* y *Griswold v. Connecticut*.

---

[40] Louis Lusky explica las circunstancias históricas que llevaron al Tribunal que dictó sentencia en el caso de *Carolene* a utilizar una sola nota a pie de página para introducir unos temas tan distintos en la moderna norma constitucional. Véase su «Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence», *Colorado Law Review*, vol. 82, 1982, p. 1093.

[41] Para una discusión preliminar, véase mi «Beyond Carolene Products», cit.

6
LA POSIBILIDAD DE INTERPRETACIÓN

Casuística

En el último capítulo dejamos al Tribunal del *New Deal* afrontando las desgarradoras consecuencias de la revolución rooseveltiana. Este retoma el relato en dos momentos posteriores. En primer lugar examinaré la decisión individual más importante de la era moderna: el caso *Brown v. Board of Education*. Luego saltaré de 1954 a 1965, a una época en que la llamada de *Brown* a la igualdad racial fue finalmente obteniendo el apoyo sostenido del Presidente, el Congreso y el electorado estadounidense. Justo cuando el Tribunal presidido por Earl Warren estaba consolidando sus logros igualitarios, lanzó una nueva iniciativa constitucional, en *Griswold v. Connecticut*, que contribuyó a catalizar otra movilización política durante las décadas de 1970 y 1980. Solo que esta vez la lucha se centró en el derecho constitucional a la privacidad, especialmente en materias relacionadas con la libertad sexual.

Igualdad racial, libertad sexual: estos ideales son muy diferentes en su justificación filosófica y en su elaboración doctrinal. Y sin embargo, cuando damos un paso atrás para fijarnos en cuestiones del proceso constitucional, surgen paralelismos. En cada caso, los magistrados desestabilizan valores tradicionales que tienen raíces profundas en la cultura popular del país; en cada caso, fueron acusados de imponer los valores del *establishment* liberal de la Costa Este sin justificación interpretativa en la Constitución; en cada caso, muchos de los defensores del Tribunal aceptaban implícitamente esta acusación describiendo a los magistrados como los líderes morales de la nación; en cada caso, los partidarios más legalistas del Tribunal pusieron notas bajas a los dictámenes en *Brown* y *Griswold* y buscaron argumentos mejores para respaldar estas polémicas decisiones.

Espero situar estos patrones de recepción popular y legal en un contexto constitucional más amplio. Habrá dos partes. Empezaré calificando las decisiones como actos de política constitucional en los que unos magistrados intervencionistas se enfrentaron a la sociedad estadounidense moderna

con una agenda moral que los políticos electos carecían de coraje para llevar al centro de la vida política. Desde este enfoque político, la cuestión crítica no es la validez interpretativa de las decisiones, sino el valor intrínseco del punto de vista moral de los magistrados y el proceso político mediante el cual el Tribunal consiguió (o no) que se aceptaran sus pronunciamientos políticos. Aunque finalmente rechazaré este punto de vista, quiero hacer algo más que persuadir al lector de que haga lo mismo. Incluso aferrándonos a la interpretación política, el enfoque general bosquejado en esta parte permite darle un nuevo rigor histórico y teorético.

Progresaremos en este frente basándonos en lo dicho en los dos primeros capítulos, en los que esbozamos el carácter distintivo de la democracia dualista y de los procesos de cambio mediante los cuales los Federalistas del siglo XVIII, los Republicanos del siglo XIX y los Demócratas del siglo XX crearon una nueva norma de carácter superior en nombre de Nosotros, el Pueblo. Utilizaré estos precedentes históricos para proporcionar un nuevo punto de vista sobre la interpretación política. ¿Acaso no existen unas semejanzas asombrosas entre los intentos del Tribunal presidido por Warren de llevar al pueblo estadounidense a nuevos valores constitucionales y estos ejercicios más tempranos de política constitucional por parte de la Presidencia del *New Deal* y por parte del Congreso de la Reconstrucción? ¿Acaso no son estas semejanzas lo suficientemente convincentes para concluir que estos cambios en nuestra Constitución, liderados por el Tribunal, son igual de legítimos que los intentos más tempranos del Congreso de la Reconstrucción y de la Presidencia del *New Deal* de hablar en nombre del Pueblo?

Aunque quizá no. Si el lector compara las afirmaciones del Tribunal de Warren con el Congreso de la Reconstrucción y con la Presidencia del *New Deal*, creo que se quedará bastante insatisfecho con la interpretación política de *Brown* y *Griswold*. Esta insatisfacción, espero, le motivará para considerar seriamente la alternativa: ¿podemos/debemos entender *Brown* y *Griswold* como actos válidos (aún más, como actos profundos) de *interpretación* constitucional?

Esta vez me basaré sobre los tres capítulos precedentes. Mi tesis: podemos entender mejor tanto *Brown* como *Griswold* como una continuación del proyecto de interpretación sintética iniciado después de la Guerra Civil en los casos *Slaughterhouse* y redirigido en dictámenes del *New Deal* como *Carolene Products*. El problema no reside tanto en los jueces como en los comentaristas, que han dedicado más tiempo y energía reescribiendo *Brown* y *Griswold* que profundizando en las ideas interpretativas del Tribunal.

Brown y *Griswold* como actos de política constitucional

Sin embargo, primero quiero explorar el camino intransitado: ¿no oculta toda esta charla legalista sobre la interpretación la esencia de *Brown*, *Griswold* y las demás decisiones polémicas de los Tribunales presididos por Warren y por Burger? ¿No se encuentra su verdadera relevancia en otra parte, en el coraje del Tribunal para enfrentarse a los estadounidenses modernos con una agenda moral y política que les llama a atender la mejor voz de sí mismos? Política constitucional: a eso equivalen estas decisiones; y pretender lo contrario es una mistificación.

De momento, concederé esta premisa y pasaré a considerar, en primer lugar, cómo nuestro argumento ilumina un análisis político del Tribunal y, en segundo lugar, por qué el análisis dualista nos previene contra un desdén demasiado rápido de las «mistificaciones» de la interpretación legalista. Empecemos por lo más obvio: no niego que los valores fundamentales de la República Moderna tienen su base en unos ejercicios exitosos de política constitucional. Mi problema es que, comparadas con los grandes hitos históricos del pasado, las decisiones del Tribunal Supremo en *Brown* y *Griswold* no se produjeron en un momento en que una ciudadanía movilizada estuviese pidiendo un cambio fundamental en nuestra ley suprema.

Compárese el contexto político en el que se produce la decisión del Tribunal en *Brown* con el que prevalecía durante las décadas de 1860 y 1930. En esos momentos anteriores, tales legisladores constitucionales en ciernes del Congreso o de la Presidencia habían regresado de una lucha electoral en la que sus oponentes conservadores habían buscado congregar a los votantes contra sus potencialmente peligrosas reformas. En vez de hacer caso a estas advertencias, el electorado había llevado a los innovadores al cargo, permitiéndoles reivindicar que tenían un «mandato» del Pueblo.

No es que el sistema constitucional permitiese a los Republicanos del siglo XIX o a los Demócratas del siglo XX obtener inmediatamente la aceptación de su afirmación de que el Pueblo había refrendado sus iniciativas. Su exhibición inicial de apoyo popular solo les dio la autoridad de introducir sus propuestas constitucionales en la agenda para que fuesen seriamente consideradas. Se necesitarían varios años más de debate constitucional con los sectores más conservadores del Gobierno (dirigidos por la presidencia Johnson en la década de 1860 y por el *Old Court* en la de 1930) antes de que los reformadores constitucionales pudiesen conseguir la autoridad para afirmar que Nosotros, el Pueblo habíamos hecho un *juicio meditado* en apoyo de sus iniciativas transformadoras.

La escena política era muy diferente en 1953, cuando *Brown* compareció ante el Tribunal. Earl Warren era perfectamente consciente de que la reciente elección del presidente Eisenhower no representaba el ascenso de un nuevo y agresivo movimiento a favor de una reforma constitucional. Al contrario, después de una generación caracterizada por una implicación extraordinaria en la vida pública, precipitada por la crisis económica y por la guerra mundial, el pueblo estadounidense estaba regresando a unos niveles más normales de compromiso político.

El paralelismo con los acontecimientos de la República Media es asombroso. Después de las intensas movilizaciones de la década de 1860, el pueblo estadounidense recurrió a un héroe de guerra, Ulysses S. Grant, cuyos puntos de vista políticos eran notablemente imprecisos y que se negó a clarificarlos durante la campaña de 1868, optando en cambio por irse a casa[1]. La ausencia de visión política de Grant era bien conocida por los líderes del Partido Republicano. Muchos le habrían rechazado si hubiesen creído que un republicano más ideologizado podía vencer. El partido optó por Grant porque no deseaba correr el riesgo de perder con un candidato más ideológico. Eligiendo a un héroe de guerra para ocupar la Casa Blanca al menos no pondrían en peligro los logros constitucionales tan laboriosamente conseguidos durante el periodo precedente. Si bien era obvio que Grant no llevaría al Pueblo a nuevas reformas constitucionales, su elección permitía que la política normal procediera sin más debates desesperados sobre las premisas del nuevo régimen inaugurado por las tres enmiendas republicanas.

La elección de Eisenhower marca un momento similar de normalización en la vida del régimen moderno. Moderados de ambos partidos buscaban soluciones bipartidistas a los problemas prácticos que no cuestionasen las premisas establecidas por la generación precedente. Como Grant, Eisenhower era un héroe de guerra cuyos puntos de vista políticos poco definidos le permitían presentarse como demócrata o como republicano[2]. A diferencia de lo sucedido en la década de 1860, el partido que daba su apoyo al nuevo régimen se negó a conceder al héroe de guerra su nominación presidencial; eligió a Stevenson, quien prometió continuar la tradición del *New Deal*. El partido de la oposición dio pruebas de mayor pragmatismo. Los se negaron a permitir el renacimiento de las grandes luchas ideológicas de la década de 1930 designando a Mr. Republican, Robert A. Taft, como candidato. Para no correr el riesgo de repetir otra de sus

[1] William McFeeley, *Grant. A Biography*, Nueva York y Londres, W. W. Norton and Co., 1981, pp. 280-284.

[2] En 1948 en una sola línea con la esperanza de conseguir la nominación demócrata además de la republicana. Véase Elmo Richardson, *The Presidency of Dwight Eisenhower*, Lawrence, University Press of Kansas, 1972, pp. 11-12.

aplastantes derrotas del *New Deal*, recurrieron a Eisenhower, un hombre que no lanzaría un ataque frontal contra el moderno gobierno intervencionista, pero que impediría nuevos experimentos en política interior.

Todo esto lo tenía muy claro el nuevo presidente del Tribunal Supremo, Earl Warren, que llegó al cargo apoyando a Eisenhower contra Taft en la Convención Nacional Republicana[3]. Cuando Warren miró más allá de la Casa Blanca, hacia el Congreso, las pruebas de apoyo movilizado a favor de un asalto constitucional al racismo eran también decepcionantemente escasas. Es verdad, por supuesto, que Eisenhower no llegó al cargo con una gran mayoría republicana que exigiera un retorno inmediato a los días de Calvin Coolidge y Herbert Hoover[4]. Independientemente de su identificación partidista, una amplia mayoría de congresistas no estaban dispuestos a desmantelar el *New Deal*.

El consenso en el Capitolio, sin embargo, se deshizo cuando la cuestión derivó en un ataque activista contra el racismo. Mientras que el Partido Demócrata en el norte del país contaba con fuertes partidarios de los derechos civiles, sus intentos de dirigir el partido ya habían precipitado una seria rebelión en el sur[5]. Dada la sólida posición de los Demócratas del Sur en comités cruciales del Congreso, solamente un movimiento de masas movilizado podía impulsar a los Republicanos y Demócratas progresistas a vencer la resistencia masiva de los estados sureños contra la nueva legislación sobre derechos civiles. Durante los intensos debates sobre *Brown*, una cosa estaba clara: dicho movimiento de masas no existía. A corto plazo, al menos, una decisión judicial que situase a la fuerza el tema racial en el centro de la política estadounidense prometía solo dividir al Partido Demócrata que había sido el bastión político de la República Moderna[6]. Solo el tiempo diría si este vacío lo llenaría un nuevo movimiento a favor de

[3] Sobre las circunstancias que rodearon la nominación de Warren al Tribunal Supremo, véase Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1979, pp. 657-665.

[4] Sobre el fracaso de Eisenhower en 1952 de introducir en el Congreso una gran mayoría contra el *New Deal*, véase E. Richardson, *The Presidency of Dwight Eisenhower*, cit., pp. 21-22.

[5] Especialmente con la defección del sector *dixiecrat* durante las elecciones presidenciales de 1948. Véase J. Sundquist, *Dynamics of the Party System: Alignment and Realignment of Political Parties in the United States*, cit., pp. 272-77.

[6] Un estudio sobre las pautas de voto en la Cámara de Representantes desde 1949 a 1954 pone de manifiesto una disminución de las posturas a favor de la nueva legislación en materia de derechos civiles, resultado del número reducido de partidarios de los derechos civiles entre los Demócratas del Norte. Gerald Marwell, «Party, Region, and the Dimensions of Conflict in the House of Representatives, 1949-54», *American Political Science Review*, vol. 61, 1967, pp. 380-399. La posibilidad de promulgar nuevas leyes de derechos civiles durante la década de 1950 se vio empañada por el dominio de los Demócratas del Sur en diversos comités clave en la Cámara Baja y en el Senado, que utilizaron activamente su influencia para frenar diversos proyectos de ley antes de que llegaran al hemiciclo. J. Sundquist, *The Decline and Resurgence of Congress*, Washington, DC, The Brookings Institution, 1981, pp.182-187.

la igualdad racial o si un Partido Demócrata dividido, cuya vulnerabilidad había quedado recientemente demostrada con la victoria de Eisenhower, sería desplazado por unas fuerzas políticas muy diferentes.

La amenaza más obvia era la planteada por el senador Joseph McCarthy. Se diga lo que se diga retrospectivamente, la cruzada anticomunista había utilizado los primeros años de la década de 1950 para movilizar unos niveles extraordinarios de respaldo ciudadano. Como sabemos ahora, este movimiento no conseguiría superar la creciente resistencia institucional en el Congreso y en la Presidencia. Los intentos del senador McCarthy para conseguir nuevos apoyos, especialmente en las Sesiones Ejército-McCarthy de 1954, provocarían su caída. Lentamente, algunas de las violaciones macartistas más graves de los valores constitucionales tradicionales irían siendo reparadas durante la siguiente generación[7]. Pero nada de esto estaba claro para los magistrados en 1952 y 1953 mientras consideraban y reconsideraban el caso Brown[8].

Adelantándome a posibles malentendidos, diré que no niego la importancia de la década previa a la sentencia de Brown para el futuro éxito del movimiento en pro de los derechos civiles. Obviamente, la NAACP [National Association for the Advancement of Colored People] y su Fondo de Defensa Legal hizo importantes avances organizativos y obtuvo diversas victorias legales y políticas[9]. A otro nivel, tanto la guerra como la migración al norte habían cambiado la experiencia social de la comunidad negra, dándole un nuevo liderazgo y nuevas bases de poder político[10]. Finalmente, la guerra contra Hitler y la posición de Estados Unidos como líder del «Mundo Libre» forzaron una tensa revaluación de las creencias y prácticas racistas entre los blancos: ¿cómo podía Estados Unidos pretender ser el defensor de la causa de la libertad en el exterior si la negaba con sus conductas racistas en casa?[11]. Todo esto y mucho más exigiría analizarse si estuviera tratando de explorar las raíces del moderno movimiento en pro de los derechos civiles.

---

[7] Pero no de una forma que pudiese hacer mucho para reparar las vidas particulares que habían sido destrozadas por el movimiento de McCarthy.

[8] Sobre la enorme influencia del maccartismo en la política de la Presidencia y del Congreso entre 1952 y 1954, véase Richard Rovere, *Senator Joe McCarthy*, Cleveland and Nueva York, Meridian Books,1960, y Robert Griffith, *The Politics of Fear*, Lexington, The University Press of Kentucky, 1970.

[9] Véase Mark Tushnet, *The NAACP's Legal Strategy Against Segregated Education 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1987.

[10] Para dos excelentes discusiones sobre este tema, véanse Gunnar Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, Nueva York, Harper & Row Publishers, 1944 y William Wilson, *The Truly Disadvantaged*, Chicago, Chicago University Press, 1987.

[11] Véase Mary Dudziak, «Desegregation as a Cold War Imperative», *Stanford Law Review*, vol. 41, 1988, p. 61.

Pero esto no es lo que me propongo. Este libro no trata del largo proceso de cambio, de varias generaciones, en los ámbitos político, social y filosófico que preparó el terreno a cada uno de los movimientos constitucionales exitosos de la historia de Estados Unidos. Me centro sobre todo en el proceso a través del cual cada uno de estos movimientos surge finalmente sobre el fondo de la política normal para ocupar el centro del escenario constitucional. Desde este punto de vista, simplemente no hay comparación posible entre 1954 y la época en la que los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* obtuvieron por primera vez la autoridad para incluir sus iniciativas en la agenda constitucional. Mientras que estos movimientos anteriores podían apuntar indicios de que el pueblo estadounidense se estaba ya movilizando para considerar un cambio constitucional fundamental, el movimiento en pro de los derechos civiles a comienzos de la década de 1950 todavía no había alcanzado una fase similar.

Esta es una diferencia crucial para el demócrata dualista, que es muy consciente de la facilidad con que las elites de Washington pretenden hablar en nombre del Pueblo. En el plano de los principios fundamentales, el dualista insiste en que las elites políticas *obtienen* esta autoridad gracias a un largo esfuerzo de movilización política. Y el mero hecho de que Earl Warren y compañía vistiesen togas negras no cambia nada si, como la interpretación política insiste, hemos de considerar a estos ancianos caballeros blancos como simples políticos que utilizan la idea de «interpretación constitucional» como mistificación ¿A qué se debe, entonces, la continua tentación de aplaudir el caso *Brown* como un ejercicio de política constitucional?

Se debe a nuestra inveterada tendencia a rebobinar la historia constitucional. Por incierta que pudiese parecer la posibilidad de un avance en 1954, *Brown* resultó desempeñar un papel de catalizador. Al final, el Tribunal no se quedó aplastado entre la rocosa resistencia del Sur y la indiferencia del Norte. *Brown* se convirtió en un símbolo que llevó a una coalición de blancos y negros a intensificar la lucha política contra el racismo institucional. A medida que avanzaba la década de 1950, este llamamiento movilizado a favor de la justicia racial suscitó un interés cada vez mayor entre amplios sectores de la ciudadanía, que permitió que la Presidencia y el Congreso de mediados de la década de 1960 transformaran finalmente los polémicos dictámenes judiciales de mediados de la década de 1950 en las *Civil Rights Acts* de 1964 y 1968, así como en la *Voting Rights Act* 1965. A consecuencia de ello, *Brown* llegó a poseer el tipo de autoridad legal divina que está, creo, excepcionalmente asociada con aquellos documentos legales que expresan los juicios ponderados de Nosotros, el Pueblo.

Este fascinante proceso de canonización retroactiva merece ser estudiado por derecho propio; proporciona, además, una razón crucial de por

qué la judicatura actual trata el caso *Brown* como una autoridad constitucional decisiva con un peso infinitamente mayor del que tenía en la década de 1950, cuando el Tribunal que conoció el caso anunció cautelosamente su intención de proceder «con la debida celeridad»[12]. No obstante, de ello difícilmente se desprende que el éxito *post hoc* del Tribunal de Warren para ganarse el apoyo popular deba proporcionarnos la clave del dictamen *Brown* tal y como se emitió en 1954.

Es, sin embargo, este supuesto lo que está en el centro de la interpretación política. Desde este punto de vista, deberíamos ver el dictamen *Brown* como un acto inspirado de profecía política, en los dos sentidos de la palabra. Era profético en el sentido de que su crítica a la injusticia se inspiraba en una sensación profunda de estar en posesión de la verdad moral; y era profético, también, en el sentido de que, de algún modo, el Tribunal podía predecir que su crítica moral demostraría ser políticamente exitosa.

Si esta doble capacidad profética proporciona la clave del caso *Brown*, el caso sirve también de precedente a otros ejercicios similares ¿Es la libertad sexual moralmente liberadora? ¿Es posible enseñar a los estadounidenses la forma de desprenderse de los restos de moralismo victoriano que aún conservan? Pues bien, dejemos que los jueces inicien su profético curso de instrucción. O esto podría haberse dicho cuando el Tribunal anunció su decisión en *Griswold* en unas circunstancias políticas más o menos similares a las que rodearon al caso *Brown* en 1954. Del mismo modo que la década anterior a *Brown* había sido testigo de una amplia crítica moral al racismo, también hubo una crítica cada vez más profunda de la moral sexual tradicional durante las décadas anteriores a *Griswold*. En ambos casos, el cuestionamiento moral había dejado de ser el centro de millones de conversaciones informales de sobremesa y había adquirido forma organizativa; grupos como el Fondo de Defensa Legal de la NAACP y *Planned Parenthood* [Planificación Familiar] habían obtenido importantes victorias legales antes de que el Tribunal interviniese decisivamente a su favor. De todos modos, al igual que en 1954, el Tribunal Griswold no estaba al frente de un movimiento transformador ni remotamente comparable por su amplitud o por su profundidad a los liderados por los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal*.

Es cierto, 1965 fue un momento político menos intimidatorio para el Tribunal Warren que 1954. El Tribunal falló *Griswold* mientras tenía lugar el movimiento constitucional más exitoso de nuestra época: con Lyndon Johnson en la Casa Blanca y Martin Luther King en las calles, el pueblo estadounidense estaba procediendo por fin a renovar y a ampliar su compromiso constitucional con la igualdad racial. Efectivamente,

[12] Brown v. Board of Education (II), 349 U.S., 294 (1955).

podemos utilizar el movimiento en pro de los derechos civiles de 1965 como baremo para cuantificar el nivel mucho más bajo de apoyo movilizado que podía esperar el Tribunal Supremo en respuesta al caso *Griswold*. Lyndon Johnson no había luchado durante una década en el Senado a favor de *Planned Parenthood*; ni su aplastante victoria sobre Barry Goldwater le permitía afirmar que tenía un mandato del Pueblo en estas cuestiones; tampoco *Planned Parenthood* podía demostrar el compromiso movilizado de masas de ciudadanos estadounidenses al modo de Martin Luther King[13]. Al igual que en el caso *Brown*, la interpretación política de *Griswold* sugiere que el Tribunal estaba haciendo el papel de profeta en la República Moderna estadounidense.

No me cabe duda de que esta interpretación profética del Tribunal Supremo ha echado raíces profundas en la profesión legal moderna. También aparece en algunos de los más importantes autores modernos; Alexander Bickel, Robert Burt, Frank Michelman y Michael Perry expresan estos temas proféticos en una serie de importantes variaciones[14].

Sin embargo, *Brown* y *Griswold*, entendidos de este modo profético, son decisiones difíciles de entender para el común de los mortales. Es muy difícil que nueve seres humanos establezcan con seguridad las verdades morales que les autorizan a transformar la sociedad estadounidense; es incluso más difícil para Nueve Viejos Magistrados, apartados del ajetreo de la vida estadounidense, determinar si sus iniciativas serán acogidas con respeto o indiferencia, o si provocarán una reacción violenta. Estos asuntos, naturalmente, no han pasado desapercibidos en la literatura profética. Han generado un rico catálogo de técnicas a través de las cuales un Tribunal profético podría implicar a su público en un diálogo continuo que podría generar un consenso cada vez mayor. De todos modos, Alexander Bickel, el autor que más ha contribuido a esta literatura, empezó a dudar cada vez más sobre la capacidad de cualquier tribunal para dominar las técnicas necesarias[15].

---

[13] Una historia reciente resume la situación: «Cuando la ley de Derechos Civiles de 1964 fue aprobada […] las mujeres estadounidenses no estaban unidas, ni eficientemente organizadas, ni psicológicamente preparadas para presionar eficazmente para hacer cumplir la ley», Hugh Davis Graham, *The Civil Rights Era: Origins and Development of National Policy, 1960-1972*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 207. El capítulo 16 del libro de Graham relaciona el ascenso del movimiento feminista moderno con el carácter cambiante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[14] Véase A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit.; Robert Burt, «Constitutional Law and the Teaching of the Parables», *The Yale Law Journal*, vol. 93, 1984, p. 455; F. Michelman, «The Supreme Court, 1985 Term–Foreword: Traces of Self-Government», cit, p. 4; Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1982.

[15] Compárese el tono relativamente optimista de A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., con las ansiedades de su *The Supreme Court and the Idea of Progress*, cit., y con el lúgubre pesimismo de su *The Morality of Consent*, cit., pp. 1-30.

Si bien comparto muchas de las dudas posteriores de Bickel, mi objeción va más allá de una simple cuestión de eficacia. La visión profética del Tribunal es rotundamente inconsistente con los principios de la democracia dualista. Incluso aunque los jueces pudiesen ganarse la aquiescencia popular, este tipo de transformación de arriba a abajo es lo contrario de la transformación de abajo a arriba valorada por los demócratas dualistas. No es una competencia especial de los jueces llevar al Pueblo hacia nuevos valores más elevados. Esta es una tarea de los ciudadanos, que pueden, tras invertir muchas energías en ello, conseguir ganarse (o no) la aprobación meditada de una mayoría de sus compatriotas. Aquello para lo que los jueces están especialmente equipados es para preservar los logros de la soberanía popular durante el largo periodo de nuestra existencia pública en el que la ciudadanía no se moviliza para conseguir grandes logros constitucionales.

A veces sucede, por supuesto, que un Tribunal conservacionista puede contribuir a desencadenar un nuevo movimiento progresista. Esta es la opinión que yo tengo de *Brown*. Sin embargo, en aquellas felices ocasiones en las que un Tribunal consigue proporcionar símbolos constitucionales que sirven de inspiración a nuevos movimientos, sería irónicamente trágico que este éxito permitiese a los jueces olvidar una verdad dualista fundamental: aunque los jueces están en una posición única para preservar los logros constitucionales que ha alcanzado el Pueblo en el pasado, otros muchos ciudadanos están mejor situados para dirigir al Pueblo hacia un futuro constitucional mejor.

Antes de aceptar una lectura profética de *Brown* o de *Griswold*, es prudente considerar la alternativa interpretativa.

¿Profecía o conservación?

Con este paso de la política constitucional a la interpretación judicial, recojo un tema central de los tres últimos capítulos. Decía allí que la narrativa profesional actual bloquea una clara apreciación del problema interpretativo que separa al Tribunal moderno de sus predecesores. Tratando al *New Deal* como básicamente no creativo, el mito dominante del redescubrimiento hace imposible formular, y mucho menos esclarecer, el aspecto distintivo de la situación actual del Tribunal: que de algún modo tiene que encontrarle el sentido a una Constitución que debe su significado a los esfuerzos transformadores de tres generaciones: la de la Fundación, la de la Reconstrucción y la del *New Deal*. Propongo remachar la cuestión sugiriendo que el mito del descubrimiento ha bloqueado el reconocimiento profesional del carácter interpretativo de los dictámenes emitidos en *Brown* y *Griswold*.

De nuevo la síntesis

Recordemos la discusión tal como se ha desarrollado hasta ahora[16]. En la medida en que los juristas modernos permanecen atrapados en el mito del redescubrimiento, pueden reconocer solamente dos periodos de actividad constitucional transformadora de cambio de régimen: la Fundación y la Reconstrucción. Esta narrativa con dos soluciones les permite confrontar un solo aspecto del problema moderno de la síntesis intergeneracional: cómo reconciliar los aspectos nacionalistas, igualitarios y libertarios de las enmiendas de la Reconstrucción con los ideales más federalistas expresados en la Fundación.

Sin embargo, una vez que nos desprendemos del mito para afirmar una narrativa con tres soluciones, podemos reconocer que la síntesis moderna es esencialmente un asunto triangular. Dada la radical afirmación popular del gobierno nacional intervencionista durante el *New Deal*, no basta con confrontar el problema uno-dos planteado por la yuxtaposición de la Fundación (Momento Uno) y la Reconstrucción (Momento Dos). Hemos de hacer frente a los demás problemas. Me he referido al primero como el problema de la síntesis uno-tres: ¿cómo reconciliar la afirmación de los Fundadores del gobierno nacional limitado con la legitimación del *New Deal* de la continua intervención burocrática en la economía y en la vida social? Al segundo problema lo he llamado el problema de la síntesis dos-tres: ¿de qué modo la afirmación del gobierno intervencionista en el siglo XX requiere una reinterpretación del significado de la Reconstrucción republicana?

Una vez que nos tomamos estas cuestiones en serio, los dictámenes del Tribunal en *Brown* y *Griswold* aparecen bajo una nueva luz. En cada caso, el Tribunal pone de relieve una de las dimensiones que acabamos de identificar. *Brown* elabora el problema de la síntesis dos-tres considerando las implicaciones de la Decimocuarta Enmienda para la escuela pública, una institución que se había vuelto emblemática del uso intervencionista que hizo el *New Deal* del poder del Estado para el bienestar general. *Griswold* afronta el problema de la síntesis uno-tres haciendo una lectura de la Carta de Derechos que preserva la preocupación de la Fundación por la libertad personal de una forma que perdura en un mundo de regulación económica y social posterior al *New Deal*. Más que la mayoría de nosotros, los magistrados han estado forcejeando con los problemas centrales implicados en la *interpretación* de una Constitución que es el producto conjunto de los ejercicios de soberanía popular realizados en los siglos XVIII, XIX y XX.

En efecto, si leemos *Brown* y *Griswold* cuidadosamente, ambos casos sugieren que el Tribunal moderno ha estado recorriendo un trayecto interpretativo bastante similar al de sus predecesores. Nuestro esbozo

[16] Véase capítulo 4, pp. 113-132; capítulo 5, pp. 142-159.

de la República Media hacía hincapié en el carácter dinámico del ejercicio sintético del Tribunal[17]. Dadas las demoledoras consecuencias de la Reconstrucción, una mayoría de magistrados empezó su empresa sintética de un modo particularista, considerando que la interpretación más reciente solo se refería al problema racial. A medida que la experiencia vivida de la Reconstrucción se iba desvaneciendo, los tribunales adoptaron un enfoque más integral, tratando de interpretar el significado tanto de la Fundación como de la Reconstrucción a un mismo nivel de abstracción, y de integrar el significado profundo de cada una de ellas en un *corpus* doctrinal. Un movimiento similar es detectable en el paso de *Brown* a *Griswold*: el dictamen de este último constituye una interpretación más completa del problema de la síntesis. Naturalmente, mi habilidad para detectar el paso desde una síntesis particularista a una síntesis integral puede ser un producto de los dos casos que he seleccionado para proceder a un análisis intensivo. Si mis interpretaciones resultan de algún modo productivas, el lector se sentirá seguramente alentado a poner a prueba, enriquecer y modificar mi hipótesis releyendo otros casos modernos.

Un problema en el umbral

Antes de seguir adelante, una conversación personal me sugiere una objeción preliminar: «Si la narrativa con dos soluciones está tan omnipresente en la interpretación profesional, ¿cómo se explica que fueran precisamente los magistrados los que vieron la necesidad de una síntesis con tres soluciones?» Francamente, no he llegado al fondo de esta cuestión, pero mi respuesta tiene dos partes[18]. En primer lugar, los jueces son, por lo general, personas prácticas que no desdeñan lo obvio con la despreocupación con la que lo hace el teórico académico o el ideólogo político. Y es perfectamente obvio que el gobierno nacional de amplio alcance establecido por el *New Deal* había tenido un gran impacto en las premisas operativas de la vida política estadounidense. Así, pues, los magistrados no necesitaban que otros destacaran la conveniencia de reconciliar los principios intervencionistas del gobierno moderno con el legado constitucional de los siglos XVIII y XIX.

Mi segunda respuesta es refinar mi tesis. Aunque veremos a los magistrados forcejeando con las dimensiones más destacadas del problema moderno de la síntesis, de hecho no han lanzado un ataque en toda regla contra la narrativa con dos soluciones que está en el centro de su problema. Sus ideas acerca de la insuficiencia de dicha narrativa han sido intermitentes y han

---

[17] Véase capítulo 4, pp. 122-127.

[18] Para un sugerente análisis, véase Martin Shapiro, «Fathers and Sons: The Court, the Commentators, and the Search for Values», en Vincent Blasi (ed.), *The Burger Court: The Counterrevolution That Wasn't*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1983, p. 218.

estado enmarcadas en los hechos particulares de unos casos particulares. Si pretenden ir más lejos, no deberíamos esperar que lo hagan siguiendo su propio impulso. Solo si los demás hacemos frente a las cuestiones sintéticas suscitadas por el Tribunal con la seriedad que se merecen y contribuimos a un diálogo continuo podemos esperar que los jueces hagan frente al problema de la interpretación sintética con una perspicacia cada vez mayor.

Brown como síntesis interpretativa

Si lo que pretendía *Brown*[19] era convertirse en una declaración profética, fue seguramente una pobre representación retórica. Resulta palmario que el juez Warren, el presidente del Tribunal, no consigue utilizar la Declaración de Independencia u otros grandes textos para elaborar los persuasivos argumentos morales a favor de la igualdad racial; y todavía menos proporciona una imagen ejemplar de unos futuros Estados Unidos libres al final de la pesada carga del odio y de la subordinación racial. *Brown* adopta la forma de un dictamen judicial estándar (desprovisto de algunos de los legalismos ordinarios, aunque no de todos, por cortesía hacia un público lector mayor de lo habitual). El asunto clave es la cuestión legalista del *stare decisis*: ¿en qué medida está el Tribunal atado de manos por su decisión de 1896 en *Plessy v. Ferguson*[20], en la que establece el tratamiento de «separados pero iguales» de negros y blancos? Incluso esta es una cuestión demasiado amplia para el Tribunal. Warren se niega a utilizar *Brown* como vehículo para denunciar «separados pero iguales» como una norma constitucional general. Él mismo se limita a las escuelas públicas: la cuestión que se plantea no es si *Plessy* debería ser invalidado, sino si «debería mantenerse inaplicable en el ámbito de la educación pública»[21].

La respuesta del Tribunal no es menos legalista: «en el campo de la educación pública, la doctrina «separados pero iguales» no tiene cabida[22]. Para llegar a esta conclusión, Warren recurre a las fuentes legales convencionales: las intenciones de los artífices de la Decimocuarta Enmienda y el decurso de la jurisprudencia después de *Plessy*. Quizá la mayor sorpresa es el uso que hace el Tribunal de las pruebas que aportan las ciencias sociales acerca del impacto que tiene la segregación racial en los niños negros. Sin embargo, esto apenas era una novedad cincuenta años después de que el Tribunal aplaudiera al entonces abogado Louis Brandeis por unas presentaciones sociológicas análogas[23]. Además, la evidencia «científica» se utiliza

[19] Brown v. Board of Education, 347 U.S., 483, (1954).
[20] Plessy v. Ferguson, 163 U.S., 537 (1896).
[21] Brown v. Board of Education, 347 U.S., 492 (1954).
[22] *Ibid.*, p. 495.
[23] Véase Muller v. Oregón, 208 U.S., 412, 420 y n. 1 (1908).

para respaldar algo que el Tribunal considera obvio: que la segregación tiene «un efecto perjudicial en los niños de color»[24].

En general, *Brown* representa el polo contrario de los documentos que redescubriremos en el transcurso de nuestra confrontación con la Fundación, la Reconstrucción, y el *New Deal*, por ejemplo, *The Federalist* de la década de 1780[25], el *Congressional Globe* de la década de 1860, y los *Public Addresses of President Roosevelt* de la década de 1930[26]. Estos escritos contienen inspirados llamamientos al Pueblo para que muestre su apoyo frente a las objeciones legalistas planteadas por sus principales oponentes. En comparación, *Brown* es un intento legalista de «enfriar» el debate, no un intento populista o profético de «calentarlo». No llama al país a implicarse en una nueva ronda de política constitucional; trata de establecer que ha llegado el momento de que los estadounidenses acaten los principios legales *ya afirmados* en el pasado por el Pueblo.

El carácter insulso de *Brown* ha sido, creo, una secreta fuente de decepción para los partidarios de la misión profética del Tribunal, que lo hubiesen apoyado mucho más si Earl Warren se hubiese sabido adelantar al gran discurso «I have a dream» («Tengo un sueño») que pronunciaría Martin Luther King una década más tarde y en unas circunstancias políticas muy diferentes. Y de un modo más sorprendente, no ha acabado de complacer a los más legalistas. Un aspecto decisivo en la recepción del dictamen fue la conferencia pronunciada por el profesor Herbert Wechsler en la Escuela de Derecho de Harvard en 1959. Uno de los más destacados estudiosos de su época, Wechsler había dedicado su vida a la reforma progresista de la ley. Y sin embargo no pudo encontrar una forma de justificar el dictamen *Brown* desde una posición de principio: «Me gustaría pensar que hay [una forma de hacerlo] pero confieso no haber escrito todavía la opinión. Escribirla, para mí, equivale al reto que representan los casos de segregación escolar»[27]. La expresión de estas ansiedades por un experto tan importante y desde un podio como aquel generó innumerables respuestas por parte de los defensores de *Brown*, cada uno de los cuales ofrecía una alternativa al dictamen de Warren que sobreviviría a la crítica de Wechsler[28].

---

[24] Brown v. Board of Education, 347. U.S., 494 (1954).

[25] Véase, por ejemplo, *The Federalist,* núm. 40 (J. Madison), en C. Rossiter, *The Federalist Papers*, cit., pp. 252-254; discutido en el capítulo 7, pp. 205-208.

[26] Estos documentos se discutirán por extenso en el volumen 2: *Transformations,* de próxima publicación en esta misma colección.

[27] Herbert Wechsler, «Toward Neutral Principles of Constitutional Law», *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959, pp. 1, 34.

[28] Véanse, por ejemplo, las muy diferentes respuestas de Charles Black, «The Lawfulness of the Segregation Decisions», *The Yale Law Journal*, vol. 69, 1960, p. 421, y de Louis Pollak, «Racial Discrimination and Judicial Integrity: A Reply to Professor Wechsler», *University* of *Pennsylvania Law Review, vol.* 108, 1959.

Paradójicamente, el rigor mismo de esta respuesta sirvió para confirmar la baja opinión que tenía Wechsler del dictamen de Warren. Aparentemente, incluso los defensores de *Brown* tenían que ir más allá del débil intento de Warren de justificar ante los juristas más atentos la manera de actuar del Tribunal. Este no es el enfoque que yo voy a utilizar aquí. Mucho más que la mayoría de sus defensores, el Tribunal era sensible a las razones específicamente interpretativas de por qué era legalmente necesario rechazar el principio «separados pero iguales» en la educación pública.

El quid de la cuestión implica un acto de síntesis intergeneracional, un reconocimiento explícito de la necesidad de integrar el significado constitucional de dos periodos históricos para llegar a un juicio válido. El primer periodo es, naturalmente, la Reconstrucción: ¿cómo interpretar el hecho de que los Republicanos consiguieran, pese a la fuerte oposición de sus oponentes conservadores, llevar al Pueblo a aceptar el principio de la «igual protección de las normas»? Warren advierte, sin embargo, que la Reconstrucción proporciona solo una parte de la respuesta:

> Al abordar este problema no podemos retrasar el reloj hasta 1868, momento en que se adoptó la Enmienda y ni siquiera hasta 1896, momento en que se escribió el dictamen *Plessy v. Ferguson*. Hemos de considerar la educación pública a la luz de su pleno desarrollo y de su estado actual en la vida estadounidense en toda la nación[29].

Esta proyección consciente más allá de la década de 1860 ha sido considerada a menudo como una aceptación de la misión profética: es aquí, más que en ninguna otra parte, donde el Tribunal declara que el pasado constitucional es demasiado restrictivo e impone nuevos valores al Pueblo estadounidense.

Y sin embargo, esta interpretación parece sensata solo en el marco de una narrativa con dos soluciones. Para que se entienda mi argumentación, piénsese en la razón menos polémica que podría dar un Tribunal para negarse a aceptar una decisión previa como *Plessy*. Esta excepción clásica implica subsiguientes enmiendas constitucionales. Considérese, por ejemplo, el estatus del caso *Dred Scott*[30] en el momento en que Warren redactaba el dictamen de Brown. Fuesen cuales fuesen los méritos de la decisión de Taney de negar la ciudadanía a los negros libres en 1857, dicha decisión fue desacreditada en 1868 cuando los de la Reconstrucción promulgaron la Decimocuarta Enmienda. La cuestión que plantea el *dictum* de Warren es la de si es posible identificar una transformación constitucional análoga entre 1896 y 1954: ¿Hablamos, Nosotros, el Pueblo, durante la primera

---

[29] Brown v. Board of Education, 347 U.S., 492-493 (1954).
[30] Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.), 393 (1857).

mitad del siglo XX de una forma que cuestione decisivamente la interpretación de la Reconstrucción que representa *Plessy*?

Teniendo en cuenta el mito del redescubrimiento reinante, la respuesta parece ser un obvio y rotundo «no». Al fin y al cabo, las enmiendas formales promulgadas durante este periodo parecen estar muy alejadas de la cuestión racial: ¿qué relevancia puede tener la aprobación de la Enmienda del Impuesto sobre la Renta (1913) o la del Sufragio Femenino (1920) sobre el razonamiento que se hace en *Plessy*? No es extraño que la comunidad legal no se haya tomado el *dictum* de Warren como una invitación a considerar el problema de la síntesis multigeneracional. Cuando revisamos nuestra narrativa y admitimos el carácter constitucionalmente creativo del *New Deal*, el *dictum* de Warren parece más sugerente: ¿está el Tribunal nadando contra la corriente de la narrativa oficial con dos soluciones? ¿Debilita la afirmación del *New Deal* del gobierno intervencionista el dictamen de *Plessy* tanto como la afirmación de la ciudadanía nacional de la Reconstrucción debilita el dictamen de *Dred Scott*?

Si se lee teniendo estas cuestiones en mente, el dictamen del Tribunal ya no parece un inútil ejercicio profético. Es un convincente ejercicio en la síntesis dos-tres: una explicación de por qué la interpretación de la Decimocuarta Enmienda que hace *Plessy* ya no es consistente con las premisas fundacionales establecidas después del *New Deal*. Para explorar esta hipótesis interpretativa, empiezo repitiendo los argumentos de *Plessy* de una forma más elaborada al modo en que los presenta el juez Warren en su dictamen.

Las premisas de Plessy en un Estado intervencionista

Una curiosidad: el dictamen del Tribunal en *Plessy* lo redactó el juez Henry B. Brown. Reduciendo su dictamen a lo más esencial, Brown da dos motivos básicos para justificar la decisión del Tribunal. El primero es éste:

> El objetivo de la enmienda era indudablemente afirmar la igualdad absoluta ante la ley de las dos razas pero, *de acuerdo con la naturaleza de las cosas* [la cursiva es mía], no tenía la intención de abolir las distinciones basadas en el color de la piel, o imponer una igualdad social, diferente de la igualdad política, o una mezcla de las dos razas en unas condiciones insatisfactorias para ambas[31].

Hay dos cosas a decir al respecto. Una es que, en el momento en que se redactó, estaba equivocado. Esta es la línea adoptada por el juez Harlan en su famoso dictamen discrepante en *Plessy*[32]. En 1954 el juez Warren dice

[31] Plessy v. Ferguson, 163 U.S., 544 (1896).
[32] *Ibid.* p. 552 (Harlan, J., voto particular).

algo diferente: los desarrollos constitucionales del siglo XX le han dado nuevos motivos, que Harlan no tenía, para rechazar *Plessy*.

Cuando pensamos en los logros constitucionales de la década de 1930, la confianza de Warren parece justificada. Fue *precisamente* el intento del *Old Court* de negar la autoridad del *New Deal* para reivindicar una «igualdad social distinta de la política» lo que definió el gran debate constitucional de la década de 1930. Una vez que el Tribunal del *New Deal* autorizó el poder del Estado para garantizar una pensión de jubilación o un salario mínimo, la clara distinción que establece el juez Brown entre la igualdad política y la igualdad social ya no era sostenible. Dada la aceptación del gobierno intervencionista por parte del Tribunal del *New Deal*, el Tribunal presidido por Warren difícilmente podía responder al recurso del demandante reafirmando la declaración del juez Brown de que «la naturaleza de las cosas» descartaba un ataque gubernamental a la desigualdad social.

La segunda defensa que hace el juez Brown del principio «separados pero iguales» no sobrevive mejor:

> Consideramos que la falacia subyacente en los argumentos del demandante consiste en dar por supuesto que la separación forzosa de las dos razas marca a la raza de color con un estigma de inferioridad. Si ello es así, no es debido a nada que se encuentre en la ley, sino solamente a que la raza de color elige [*sic*] construir las cosas de esta manera[33].

Esta segunda línea argumental lleva el rechazo que hace *Plessy* del activismo gubernamental a un nivel más profundo, casi podríamos decir a un nivel metafísico. El juez Brown parece negar que la ley contribuya a la construcción de la realidad social. Las leyes de Jim Crow estigmatizan a los negros solo porque «la raza de color elige interpretarlas de esta manera». El gobierno no puede hacerse responsable de esta «elección». Nótese la forma extrema en que presenta Brown su argumento: el significado público no lo produce la interacción de las decisiones gubernamentales y las «elecciones» de los grupos sociales; el estigma es «solamente» un producto de las «elecciones» no estatales; el Estado simplemente no tiene nada que ver con ello.

Fuera cual fuese la credibilidad legal de esta afirmación en 1896, después de la década de 1930 era judicialmente insostenible. El Tribunal del *New Deal* reconocía al gobierno como un contribuyente activo en el proceso por el que los grupos hacen sus «elecciones» en la sociedad estadounidense. En la década de 1930, esto se había establecido principalmente mediante la legitimación decisiva de la intervención gubernamental en los mercados. Los trabajadores o los jubilados ya no tenían que «elegir» entre

---

[33] *Ibid.*, p. 551.

las opciones empobrecidas que ofrecía el mercado. Este principio básico del *New Deal*, sin embargo, era igualmente relevante para una evaluación moderna de la afirmación del juez Brown sobre la cuestión racial: una vez que el *New Court* había reconocido el papel activo del Estado en la configuración de las «elecciones» en el «mercado libre», ¿cómo podría haber repetido el Tribunal de Warren el análisis que había hecho el juez Brown en *Plessy* sobre «la falacia subyacente en los argumentos del demandante»?[34].

La escolarización pública obligatoria había cuestionado siempre la retórica de la «elección» de dos maneras. En primer lugar, la escuela pública gratuita es una fuerte recusación en contra de la idea de que la «elección» de los padres como individuos puede decidir correctamente si dejan a sus hijos en la ignorancia. En segundo lugar, la educación obligatoria supone que los niños no están lo suficientemente informados como para «elegir» si deben ir a la escuela o tratar de aprender en otra parte ¿Qué es una «escuela pública» sino un lugar en donde unos empleados del gobierno «educan» a los niños en la «verdad» acerca de la realidad social, tanto si ellos han «elegido» acudir a ella como si no?

Pese a las tensiones existentes entre la escolarización obligatoria y la retórica de la elección de la era *Lochner*, el movimiento a favor de la educación pública había avanzado mucho durante las primeras décadas del siglo XX. Como subraya correctamente Warren[35], la escuela pública estaba todavía en pañales cuando se emitió el dictamen *Plessy* en 1896; muchos estados ricos no proporcionaban una educación mínimamente adecuada; en los estados del Sur, incluso el principio de la educación universal no era totalmente reconocido. Aunque se produjeron grandes progresos durante la generación siguiente[36], la educación pública siguió siendo una anomalía constitucional en el derecho de la República Media y aunque esta siguió aferrada a la retórica de la libre «elección» en vastos dominios de la vida económica, los tribunales trataron la escolarización pública como una excepción limitada de unos principios constitucionales más generales desarrollados en las *Contract, Takings and Due Process Clauses* [Cláusulas de las obligaciones contractuales, la expropiación y el proceso con las debidas garantías][37].

---

[34] La oposición del Tribunal al gobierno intervencionista se repite en otro notable pasaje: «La argumentación también asume que los prejuicios sociales pueden superarse mediante la legislación y que no es posible garantizar la igualdad de derechos a los negros a menos que sea imponiendo una mezcla de las razas. No podemos aceptar esta proposición. Si las dos razas han de encontrarse en condiciones de igualdad social, ello tiene que ser el resultado de sus afinidades naturales, de una mutua apreciación de los méritos de la otra y de un consentimiento voluntario de los individuos». Plessy v. Ferguson, 163 U.S., 537, 551, (1896). Estos pasajes ignoraban el hecho de que la ley concreta que se discutía en *Plessy* no dejaba la segregación a la elección privada, sino que la exigía legalmente. De todos modos, el comentario del juez Brown no hace sino clarificar la profunda deuda intelectual que tiene respecto a las teorías del *laissez-faire* expresadas una década más tarde en casos como *Lochner*.

[35] Brown v. Board of Education, 347 U.S., 489-490 (1954).

[36] Véase J. Wrigley, «Compulsory School Laws: A Dilemma with a History», en J. Simon y D. Stipek (eds.), *Exit Age*, New Haven, Yale University Press, 1991.

[37] Véase, por ejemplo, Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S., 510 (1925).

Con el *New Deal*, las escuelas públicas pudieron tomar un nuevo significado simbólico. Ya no eran una anomalía, sino paradigmáticas de la nueva promesa del gobierno intervencionista[38]. Estaban en funcionamiento precisamente porque ni los niños blancos ni los negros estaban en condiciones de hacer una «elección» libre acerca de las realidades sociales. Efectivamente, la existencia misma de las escuelas públicas garantizaba que el Estado estaría íntimamente implicado en la forma en que los maestros *enseñarían* a los niños el significado de la segregación racial. En este nuevo marco intervencionista, lo que se había vuelto anómalo era la observación del juez Brown según la cual una ley de Jim Crow estigmatizaba a los negros «solamente porque la raza de color elige [*sic*] construir las cosas de esta manera».

Ningún tribunal que contemplase la Decimocuarta Enmienda después de las afirmaciones intervencionistas de la década de 1930 podía repetir las razones del juez Brown para mantener el principio de «separados pero iguales». Como síntesis uno-tres, el dictamen de Brown se había visto desacreditado en sus mismos fundamentos.

Brown sobre Brown

El dictamen del juez Warren para el Tribunal tiene un aspecto mucho mejor que muchas de las «mejoras» académicas propuestas con los años. El dictamen gira en torno a un punto sintético crucial: los desarrollos del siglo XX desde *Plessy* han socavado las premisas interpretativas que determinaron la lectura que hizo el juez Brown de la «igual protección».

Warren no llega a esta conclusión, sin embargo, reflexionando directamente sobre el significado de la legitimación que hace el *New Deal* del gobierno intervencionista. Este intento de síntesis integral no se produciría hasta más tarde, en casos como *Griswold*. Sin embargo, el magistrado encontró una forma diferente de expresar su idea sintética contando una historia acerca de la institución concreta en el caso que consideraba: la escuela pública. En su opinión, la escuela pública ya no aparece como una excepción anómala a las premisas antiestatistas de la República Media. Es un auténtico símbolo del compromiso intervencionista de la República Moderna con el bienestar general:

> Hoy, la educación es quizá la función más importante de los gobiernos estatal y local. Tanto las leyes sobre la asistencia obligatoria a la escuela como los grandes presupuestos asignados a la educación demuestran la importancia que tiene la educación en nuestra sociedad democrática.

---

[38] Ni siquiera los más implacables oponentes de la educación obligatoria han cuestionado la autoridad del Estado para obligar a una mínima educación. Véase Wisconsin v. Yoder, 406 U.S., 205, 224 (1972).

> Es necesaria para la realización de nuestras responsabilidades públicas más básicas, incluido el servicio en las fuerzas armadas. Es el fundamento mismo de la buena ciudadanía. Hoy es el principal instrumento en el despertar del niño a los valores culturales, para prepararle para su posterior actividad profesional y para ayudarle a adaptarse con normalidad a su entorno. Hoy en día es dudoso esperar razonablemente que un niño pueda triunfar en la vida si se le niega la oportunidad de la educación. Esta oportunidad, allí donde el Estado ha asumido el compromiso de proporcionarla, es un derecho que debe estar al alcance de todos en las mismas condiciones[39].

De anomalía constitucional a paradigma constitucional: una vez que la escuela pública ha sido simbólicamente transformada de este modo, el Tribunal puede utilizarla para expresar su intuición sobre la síntesis:

> Una razón adicional a favor de la naturaleza inconclusa de la historia de la Enmienda, con respecto a las escuelas segregadas, es el estatus de la educación pública en aquella época. En el Sur, el movimiento hacia las escuelas comunales gratuitas financiadas por los impuestos todavía no había arraigado […]. Incluso en el Norte, las condiciones de la educación pública ni siquiera se aproximaban a aquellas que existen hoy […]. La asistencia obligatoria a la escuela era prácticamente desconocida. En consecuencia, no tiene nada de sorprendente que haya tan pocas cosas en la historia de la Decimocuarta Enmienda relativas al efecto buscado en la educación pública[40].

Warren trata de separar la afirmación del siglo XIX de la «igual protección» de sus compromisos implícitos con el Estado mínimo. Fuera lo que fuese lo que pensaba el juez Brown en *Plessy*, ahora es absurdo desestimar el «estigma de inferioridad» impuesto por los funcionarios del Estado al relegar a los niños negros a las escuelas segregadas, como si esto fuera «solamente» el producto de una «elección» hecha por «la raza de color […] para construir las cosas de esta manera [degradante]».

Este es el punto sobre el que *Brown* se enfrenta explícitamente al juez Brown: el Estado, no los niños, tiene que cargar con la responsabilidad del hecho de que la segregación escolar «genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus de una forma que es improbable que pueda repararse nunca […]. Toda expresión en *Plessy v. Ferguson* contraria a este descubrimiento es rechazada»[41]. Teniendo en cuenta el decisivo rechazo de los ideales en pro de un Estado mínimo durante la década de 1930, ¿cabe alguna duda de que el Tribunal tenía razón al repudiar el razonamiento del

---

[39] Brown v. Board of Education, 347 U.S., 493 (1954).
[40] *Ibid.*, p. 490.
[41] *Ibid.*, pp. 494-495.

juez Brown? En el marco del nuevo orden intervencionista, la sensación de inferioridad racial del alumno negro se había convertido en una responsabilidad pública, no en una elección privada. La decisión del Tribunal Warren de invalidar *Plessy* fue no solo correcta como síntesis interpretativa, sino incuestionablemente correcta.

Interpretando el caso *Griswold*

Elijo *Griswold* como segundo ejemplo porque en este caso la iniciativa del Tribunal ha sufrido una suerte similar en manos de la comunidad legal. Igual que el caso *Brown*, el caso *Griswold* es visto en general como un paradigma del paso del Tribunal moderno desde la interpretación a la profecía, esta vez en nombre de la libertad sexual[42]. Al igual que en *Brown*, llegamos a un punto de vista diferente si nos tomamos la molestia de leer las opiniones de los jueces. Estas nos dirigen hacia una síntesis interpretativa. Solo que esta vez las ideas del Tribunal respecto a su problema intergeneracional están más claras y su intento de síntesis es menos particularista. Empezaremos a vislumbrar un movimiento hacia la síntesis integral análogo al camino recorrido por los tribunales de la República Media.

Griswold constituye un caso de jurisprudencia especialmente bueno porque, a primera vista, parece muy diferente de *Brown*. A diferencia de la ampliación agresiva que hace *Brown* del papel del Estado en la lucha contra la desigualdad racial, *Griswold* afirma la necesidad de contraer las ambiciones del gobierno intervencionista reconociendo un derecho constitucional a la privacidad. Si *Griswold* representa la apertura profética de una nueva cruzada moral, parece extraño que el Tribunal de Warren elija el año de 1965 para empezar a avanzar en una dirección contraria a la marcada por *Brown*.

Para algunos, el descubrimiento de tales «inconsistencias» no hace sino confirmar el carácter inevitablemente político del liderazgo judicial[43]. Confío en disolver esta «contradicción», sin embargo, tomándome en serio el proyecto sintético. Enfocados como ejercicios de síntesis intergeneracional,

---

[42] Véase, por ejemplo, Louis Henkin, «Privacy and Autonomy», *Columbia Law Review*, vol. 74, 1974, pp. 1410, 1420-1423 («Sea cual sea la nota que los profesores den al juez Douglas […] el resultado está claro […] existe ahora el derecho constitucional a la privacidad»); Thomas Kauper, «Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case», *Michigan Law Review*, vol. 64, 1965, pp. 235, 252-254 («tipo acordeón»); Ira Lupu, «Untangling the Strands of the Fourteenth Amendment», *Michigan Law Review*, vol. 77, 1979, pp. 981, 994 («gira mágica y misteriosa por las zonas de la privacidad»). Para Michael Perry, las pretensiones interpretativas de *Griswold* son tan absurdas que se limita a desestimarlas en una nota a pie de página que contiene una sola frase. Véase Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, cit., p. 172, nota 18.

[43] Para un desarrollo sistemático de este punto de vista, véase M. Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*, cit.

Brown y *Griswold* son complementarios, no contradictorios. Ambos son respuestas profundas a un mismo problema básico: la transformación en valores constitucionales de lo conseguido por los estadounidenses durante el *New Deal*. Solo que cada caso responde, explorando la relación del *New Deal*, con un logro histórico diferente del pasado estadounidense. *Brown*, como hemos visto, es un caso dos-tres que se centra en la exigencia que se produce en el siglo XIX de una «igual protección» en un mundo moderno de instituciones estatales intervencionistas. *Griswold* despliega unas prioridades sintéticas diferentes. El hecho de que Estelle Griswold interpusiera una demanda contra Connecticut significaba que, de una manera formal, la Decimocuarta Enmienda estaba implicada en el litigio. Pero el Tribunal no utilizó el caso para considerar más en profundidad la relación existente entre la Reconstrucción y los otros grandes puntos de inflexión en la experiencia estadounidense. Se contentó con basarse en otros casos que sostenían que la Decimocuarta Enmienda hacía aplicable a los estados los principios fundamentales de la Carta de Derechos de los Fundadores, dejando sin explorar otras posibles relaciones sintéticas[44]. Situando la Reconstrucción en segundo plano, el Tribunal podía centrarse en otro aspecto del triángulo sintético: la relación existente entre la preocupación de la Fundación por la libertad individual y la afirmación del *New Deal* del gobierno intervencionista[45].

Para definir este problema uno-tres, pensemos en el aspecto de la Fundación más obviamente afectado por el *New Deal*[46]. Me refiero al

---

[44] Así, el hecho de que Estelle Griswold fuese una mujer no llevó al Tribunal a considerar la posible aplicación de la doctrina de protección igualitaria. Véase, por ejemplo, Catharine MacKinnon, *Feminism Unmodified*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987, pp. 93-102. De modo parecido, no se produjo ningún intento de reflexionar sobre el lado libertario de la Reconstrucción y de explorar las implicaciones modernas de la preocupación republicana con la propiedad expresada en la Decimotercera Enmienda. Véase Andrew Koppelman, «Forced Labor: A Thirteenth Amendment Defense of Abortion», *Northwestern University Law Review*, vol. 84, núm. 2, 1990, p. 480.

[45] Algunos casos tratan de hacer un uso consciente de los tres puntos de inflexión constitucionales en una nueva síntesis doctrinal. Podemos calificar estos casos de casos uno-dos-tres. Es de suma importancia considerar cómo ha confrontado el Tribunal a lo largo del tiempo estos problemas y si las respuestas que les ha dado tienen sentido. Compárese, por ejemplo, Gideon v. Wainwright, 372 U.S., 335 (1963) con McClesky v. Kemp, 481 U.S., 279 (1987).

[46] La definición de los Fundadores de los poderes gubernamentales fue también revisada por el *New Deal*. La legitimación del Estado intervencionista desbordó las capacidades de toma de decisión de los tres poderes contempladas en 1787, lo que llevó a la elaboración de una serie de nuevas relaciones entre estos poderes y el floreciente aparato administrativo. Compárese, por ejemplo, la atención que pone el Tribunal en 1787 en INS v. Chadha, 462 U.S., 919, 946-959 (1983) con la que pone en la discrepancia en 1937, *ibid*. pp. 968-974 (White, J., voto discrepante). Véase también David S. Yassky, «A Two-Tiered Theory of Consolidation on Separation of Powers», *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 431 (donde se analiza *Chadha* como respuesta a la transformación constitucional del *New Deal* delegando poder a las agencias administrativas). Mientras que este aspecto del problema sintético ha movilizado cantidades crecientes de energía judicial durante la última década, los magistrados parecen haber perdido (¿temporalmente?) la esperanza ante una segunda cuestión estructural fundamental posterior al *New Deal*: la relación existente entre los estados y la nación en una era de gobierno activista. Compárese García v. San Antonio Metro, Transit Auth., 469 U.S., 995 (1985), con National League of Cities v. Usery, 426 U.S., 833 (1976).

intento federalista de vincular el compromiso constitucional respecto a la libertad individual con la retórica del contrato y la propiedad privada. Los Fundadores valoraban tanto el contrato que lo protegieron en el texto original de la Constitución de 1787, en una época en que creían innecesaria una Carta de Derechos detallada. En respuesta a la demanda popular de una enumeración más concreta de los derechos, la Quinta Enmienda contenía una garantía explícita en contra de la incautación gubernamental de la propiedad privada sin una justa compensación. De acuerdo con los estándares del siglo XVIII, la propiedad y el contrato eran fundamentales para el lenguaje constitucional de la libertad.

Esto planteó al Tribunal moderno un problema formidable. Dado el intervencionismo del *New Deal*, ¿qué quedaba de los valores fundacionales de la autodeterminación individual anteriormente expresados en el lenguaje de la propiedad y el contrato? Así entendido, el problema era análogo al de *Brown*. Del mismo modo que el Tribunal de Warren separó la afirmación de la igualdad de la Reconstrucción de las premisas del *laissez-faire* del siglo XIX, también podría separar la afirmación de los Fundadores de la libertad personal del marco de la propiedad y el contrato en el que ésta se incardinaba antes del *New Deal*. Mi tesis: *Griswold* se entiende mejor como una etapa crítica en este proceso *browniano* de separación de las premisas abandonadas de la República Media.

Para hacer más persuasiva esta analogía, debo compensar el hecho de que el Tribunal Supremo de la República Media no abordase frontalmente la cuestión del control de la natalidad como hizo *Plessy* con el tema racial. Se diga lo que se diga de *Plessy*, nos dio un objetivo concreto, identificando las premisas antiestatistas que habían sido fracturadas por el triunfo en el siglo XX del gobierno intervencionista. Dado que no existe un objetivo similar en el presente caso, mi argumento empieza con un experimento mental: ¿cómo hubiera confrontado el Tribunal Supremo de la era *Lochner* la petición de protección constitucional de Estelle Griswold? Una vez construido nuestro objetivo hipotético, podemos valorar en qué medida el dictamen del juez Douglas en *Griswold*, como el de Warren en *Brown*, es sensible a las necesidades específicas de la síntesis interpretativa en un mundo posterior al *New Deal*.

Griswold y la libertad contractual

Supongamos que *Planned Parenthood* no hubiese esperado hasta finales de la década de 1930 para empezar su larga serie de recusaciones a las leyes de Connecticut sobre el control de natalidad. Supongamos que el litigio hubiese comenzado en 1923 cuando Margaret Sanger instó por vez primera que fueran revocadas en nombre de la Liga para el Control de la

Natalidad de Connecticut[47]. ¿Había argumentos constitucionales disponibles para ella en aquella época?

Por supuesto. Pero hubieran parecido diferentes de los que se encuentran en el dictamen del juez Douglas de 1965. En 1923, el desafío forense era persuadir al Tribunal de que ampliase la afirmación de *Lochner* sobre la libertad contractual al intento de *Planned Parenthood* de proporcionar servicios de control de la natalidad a unos destinatarios bien dispuestos a recibirlos. Después de todo, si los panaderos de *Lochner* tenían la libertad constitucionalmente protegida de firmar contratos con sus patronos, ¿por qué no iban a tener las parejas casadas la misma libertad para firmar un contrato con la Liga para el Control de la Natalidad? Esta es, al menos, la cuestión que los hipotéticos abogados de Sander habrían presentado vigorosamente ante los tribunales de la República Media.

Y no es que tuvieran una carta ganadora en sus manos. Los tribunales de la era *Lochner* protegieron sus principios libertarios con una serie de excepciones, incluida una sobre la «protección de la moral pública». Dado el papel que juega la castidad en la moral tradicional, una mayoría podría haber preservado las leyes contrarias a la contracepción bajo esta excepción del «poder de policía». Sin embargo, cuando *Planned Parenthood* empezó su campaña de litigios en 1939, sus menciones a casos como *Lochner*[48] persuadieron a un tribunal inferior de Connecticut para que anulase la prohibición estatal. Incluso el Tribunal Supremo de Connecticut solo confirmó estas leyes por tres votos contra dos en 1940[49].

Tuvo que transcurrir un cuarto de siglo, sin embargo, antes de que *Planned Parenthood* convenciera al Tribunal Supremo para que atendiera su reclamación. En 1965, los abogados de Griswold habían reconceptualizado su argumentación después del rechazo popular de la libertad contractual en la década de 1930. En vez de basarse en *Lochner,* trataban de diferenciarse del caso. La mayor parte de su escrito sostenía que la revolución del *New Deal* implicaba cuestiones de regulación económica y no cuestionaba la protección tipo *Lochner* de unos «derechos de un carácter fundamentalmente individual y personal»[50]. Las referencias a un derecho

[47] Véase Dale Carpenter, «Revisiting *Griswold*: An Exploration of Its Political, Social, and Legal Origins», 5 (ensayo no publicado, Yale College, 16 de abril de 1989).

[48] Véase el Informe sobre la Objeción a la Información, State v. Nelson, 47-48 (1939) (archivos de la Whitney Library of the New Haven Colony Historical Society, Caja 2, Carpeta F). El informe para *Planned Parenthood* citaba casos como Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S., 578 (1897) y Liggett Co. v. Baldridge, 278 U.S., 105 (1928).

[49] State v. Nelson, 11 A, 2d, 856 (1940).

[50] Instrucciones para Apelantes, en 22, Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 479 (1965). La demanda basada en la noción del proceso con las debidas garantías se encuentra en las páginas 21-78 de un informe de 96 páginas.

constitucional a la «privacidad» aparecen al final del escrito, casi como una idea de último momento[51]. Confrontado con los argumentos de *Griswold,* el Tribunal Supremo apenas pudo evitar el encuentro con la cuestión sintética: ¿cuál fue la amplitud de la transformación efectuada por el *New Deal*? ¿Debe ser interpretada como si obliterase las afirmaciones de la Fundación sobre la libertad privada previamente expresadas en los términos de la libertad contractual? ¿O podían los tribunales preservar este compromiso de la Fundación sin impugnar la autoridad del gobierno posterior al *New Deal* de regular los mercados «libres»?

La aproximación de Griswold a la síntesis

Las cuestiones sintéticas suscitadas por los informes fueron abordadas por los magistrados de un modo más consciente de lo que lo habían hecho en el caso *Brown*. Aunque el dictamen de Warren interpretaba la demanda de «igual protección» del siglo XIX a la luz del moderno gobierno intervencionista, *Brown* no precisaba del rol de la década de 1930 en este cambio de perspectiva interpretativa. En vez de ello, el Tribunal discutió el ascenso del gobierno intervencionista en términos del problema particular que tenía enfrente: el de la educación pública. Utilizando un término propio de la crítica literaria, la escuela pública funcionaba en *Brown* como un marcador metonímico: del mismo modo que la historia de la Casa Blanca podía servir como un tropo para expresar el ascenso de la Presidencia, Warren utilizó la historia de la educación pública para expresar el ascenso del Estado del bienestar intervencionista.

El Tribunal *Griswold* no sentía ningún interés por este tipo de síntesis particularista. Empezó centrándose en la decisiva batalla constitucional de la década de 1930: «Las connotaciones de algunos argumentos sugieren que *Lochner v. New York* tenía que ser nuestra mejor guía. Sin embargo, declinamos esta invitación igual que hicimos en *West Coast Hotel Co. v. Parrish* [uno de los grandes dictámenes transformadores de 1937]»[52]. La cuestión que se ha convertido en fundamental es la del estatus del propio mito del redescubrimiento: ¿tenía el Tribunal que seguir leyendo la totalidad del periodo *Lochner* como una tragicomedia de errores dominada por unos jueces caprichosos? ¿O era posible vislumbrar un determinado tipo de continuidad interpretativa entre los tribunales de la República Media y los de la República Moderna, pese a la gran ruptura representada por el «cambio a tiempo» del *New Deal*?

---

[51] *Ibid*., pp. 79-89.
[52] Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 479, 481-82 (1965) (citas omitidas).

Douglas da un viraje crucial. Considera que los tribunales de la República Media están implicados en una empresa interpretativa válida, una empresa de la que los tribunales modernos pueden seguir aprendiendo mientras tratan de encontrarle sentido a la Fundación. En vez de repudiar toda la era *Lochner,* propone un punto de vista más selectivo. Distingue entre casos como *Lochner*, que protegen el orden privado en las relaciones económicas, y casos como *Griswold*, que protegen la privacidad en las esferas más íntimas de la vida:

> El matrimonio es una unión para bien o para mal, que se espera duradera e íntima hasta el punto de ser sagrada. Es una asociación que promueve una forma de vida, no una causa; una armonía en el vivir, no una fe política; una lealtad bilateral, no un proyecto comercial o social. Y sin embargo, es una asociación para un propósito tan noble como cualquiera de las que están implicadas en nuestras decisiones previas[53].

Una «lealtad bilateral, no un proyecto comercial o social»: aunque el *New Deal* obtuvo la aprobación del Pueblo para regular estos «proyectos» pensando en el bienestar general, Douglas se niega a leer los precedentes del *New Deal* de una forma tan amplia como para incluir las «lealtades bilaterales» en el ámbito de la gestión gubernamental. Todavía puede, por consiguiente, caracterizar el matrimonio como un contexto adecuado para representar el valor constitucional continuado de la libertad heredado de la Fundación.

Para respaldar su caso, propone una visión más selectiva de la República Media. «Reafirma» dos decisiones *lochnerianas* de la década de 1920 describiendo una de ellas como una protección del derecho de la familia «a educar a sus hijos en la escuela elegida por los padres, ya sea pública o privada o religiosa…» y la otra como una forma de otorgar «la misma dignidad […] al derecho de estudiar la lengua alemana en una escuela privada»[54]. De modo semejante, el Tribunal da mucha importancia a un dictamen de 1886 en Boyd contra Estados Unidos[55], que describe la Cuarta y la Quinta Enmienda como una forma de protección «contra las intromisiones gubernamentales en «la privacidad del hogar y en la vida de las personas»[56].

Basándose en la continuidad redescubierta con los jueces de la República Media, Douglas explora cómo el valor constitucional de la privacidad ha servido como *leitmotif* en el moderno intento de dar sentido a la Carta de Derechos. Considerando la Primera Enmienda y las múltiples normas de la Carta de Derechos que regulan el procedimiento penal, Douglas encuentra

---

[53] *Ibid.*, p. 486.
[54] *Ibid.*, pp. 482-483. Los dos casos que el Tribunal reafirma son Pierce v. Society of Sisters, 268 U.S., 510 (1925), y Meyer v. Nebraska, 263 U.S., 390 (1923).
[55] Boyd v. Estados Unidos, 116 U.S., 616 (1886).
[56] Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 484 (1965).

que la idea de privacidad ha dado «vida y sustancia» a estas disposiciones concretas[57]. Esta recurrente preocupación por la privacidad proporciona, a su vez, la base para una lectura integral del propio texto de la Fundación:

> Varias garantías crean zonas de privacidad. El derecho de asociación contenido en la penumbra de la Primera Enmienda es una de ellas, como hemos visto. La Tercera Enmienda, con su prohibición de alojar a soldados «en cualquier casa» en tiempo de paz sin el consentimiento del propietario es otra faceta de esta privacidad. La Cuarta Enmienda afirma explícitamente el «derecho del pueblo a la seguridad personal, de sus casas, documentos y efectos, contra registros y confiscaciones no razonables». La Quinta Enmienda, en su Cláusula de Autoinculpación permite al ciudadano crear una zona de privacidad que el gobierno no podrá obligarle a entregar en su perjuicio. La Novena Enmienda estipula: «La enumeración en la Constitución de determinados derechos no será interpretada como una negación o un menosprecio de otros derechos poseídos por el pueblo»[58].

En el centro de *Griswold* está el acto de la interpretación sintética, un intento de integrar el texto de la Fundación con la transformación del *New Deal* para dar sentido a las dos partes de nuestro patrimonio en evolución. Douglas rechaza los intentos particularistas de considerar la Carta de Derechos como una serie de reglas inconexas[59]. Considera estas reglas como expresivas de unos valores más abstractos de la Fundación, valores que conservan su significado constitucional pese a las transformaciones y contingencias de dos siglos. Realizando este intento de síntesis integral, encuentra que «el caso actual, por lo tanto, concierne a una relación que se encuentra en la zona de privacidad creada por diversas garantías constitucionales fundamentales. Y concierne a una ley que, al prohibir el *uso* de anticonceptivos en vez de regular su fabricación o su venta, trata de realizar sus objetivos por unos medios que tienen un efecto destructivo máximo sobre la relación [marital]. Esta ley no puede seguir en vigor…»[60].

El coro: concurrencias y discrepancias

El carácter distintivo del dictamen del Tribunal se pone de manifiesto con otras opiniones formuladas en el caso. Hubo tres votos concurrentes[61] y dos particulares, y no puedo hacerles justicia aquí. En cuanto a las con-

---

[57] *Ibid.*
[58] *Ibid.*, p. 464.
[59] Véase el capítulo 5, pp. 150-156.
[60] Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 485 (1965).
[61] Para los lectores de mentalidad matemática, el hecho de que hubiera tres votos concurrentes y dos particulares no privó al dictamen del Tribunal de una mayoría; los magistrados que se unieron al voto concurrente del juez Goldberg también se unieron al dictamen del Tribunal.

currencias, baste decir que ninguna de ellas se centraba en el problema de la síntesis con la misma intensidad que el Tribunal. Ninguna empieza con *Lochner* y se pregunta si, pese a su rechazo, los magistrados pueden aún encontrar una forma de representar el compromiso de la Fundación con la libertad personal utilizando conceptos y contextos distinguibles de los rechazados en la década de 1930. En vez de hacer hincapié en la centralidad de la síntesis uno-tres, los votos concurrentes bosquejan unos tipos de indagación más abiertos, en los que el Tribunal deambula ampliamente para elaborar la sustancia del valor constitucional.

Por el contrario, los dos votos particulares (los jueces Black y Stewart) aceptan el reto sintético planteado por Douglas. Al igual que el Tribunal, admiten que tienen que definir el significado de la transformación constitucional de la década de 1930 para decidir el caso *Griswold*. Solo que ofrecen una interpretación del *New Deal* mucho más amplia que la de la mayoría. Para ellos, la década de 1930 no se limitó a rechazar el valor constitucional del ordenamiento privado en «proyectos comerciales o sociales». Rechazaba la idea misma de que algunas esferas de la vida han de ser aisladas de la gestión ubicua del Estado intervencionista. A partir de esta interpretación estatista, el Pueblo no solo autorizó decisivamente a su gobierno a regular las formas de superexplotación vigentes en la década de 1930. También autorizó la gestión por parte del Estado de la libre elección en cualquiera de las áreas de la vida. Cualquier intento judicial de interpretar el *New Deal* de una manera más limitada está contaminado por «la misma ley natural […], filosofía que se encuentra en *Lochner v. New York* [y] en otras decisiones desacreditadas»[62].

Llevada a su extremo, esta decisión estatista implica el final de todas las limitaciones constitucionales sobre el gobierno ordinario, pero los discrepantes no fueron tan lejos. Igual que la mayoría, también ellos ven la necesidad de sintetizar el *New Deal* en una narrativa más amplia que abarque la Fundación y la Reconstrucción, con la diferencia de que ellos proponen leer estas soluciones constitucionales tempranas con un espíritu muy diferente. El juez Douglas leyó la Carta de Derechos de los Fundadores como parte de una síntesis integral que proporciona unos principios que podrían armonizarse con las preocupaciones del moderno Estado intervencionista. Por el contrario, los estatistas discrepantes leyeron la Carta de Derechos como Raoul Berger lee la Decimocuarta Enmienda, como una supernorma que contiene «prohibiciones explícitas»[63] con un significado fijo y relativamente directo[64]. En la medida en que el nuevo Estado intervencionista

---

[62] Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 515 (1965).
[63] Compárese United States v. Carolene Products 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938), con Griswold v. Connecticut, 381 U.S., 508 (1965) (Black, J., voto particular).
[64] Véase capítulo 4, pp. 116-120.

investido de poder no viole ninguna de estas prohibiciones «explícitas», los discrepantes preservarían la ley cuestionada.

En esta aproximación a la síntesis uno-tres, el significado del Momento Uno ha sido reducido a una serie de supernormas muy concretas, mientras que la victoria del *New Deal* en el Momento Tres ha sido inflada hasta el otorgamiento de un poder casi total al Estado intervencionista. Los discrepantes, efectivamente, entienden la victoria del *New Deal* en un sentido metafísico. No creen que la década de 1930 implicase algo tan rutinario como la concesión por parte del Pueblo de nuevos poderes gubernamentales sobre la vida económica y social. Para ellos, equivalía nada menos que al rechazo de algo llamado «filosofía del derecho natural».

Estas diferencias entre la mayoría y los votos particulares tienen una gran importancia, tanto práctica como teórica. Pero hay algo más importante que decidir quién tiene razón, que es reconocer que ambos lados están hablando del mismo problema, la síntesis uno-tres.

De *Brown* a *Griswold* a…

Al representar el intercambio en *Griswold*, tenía dos objetivos. El primero era negar que el caso sea una incursión más en la profecía judicial. Como mínimo, ni el Tribunal ni los discrepantes creen que esta sea la cuestión. Al contrario, argumentan acerca de unas cuestiones *interpretativas* fundamentales a las que todos hemos de hacer frente para dar sentido a una Constitución que ha sido transformada una y otra vez durante dos siglos de política constitucional.

El segundo es sugerir que, como en *Brown*, el Tribunal que conoce *Griswold* tenía una concepción del problema interpretativo más sólida que la mayoría de comentaristas. Una década más tarde, el Tribunal se ha vuelto aún más consciente de sí. Aunque *Brown* ponía mucho énfasis en la necesidad de armonizar el moderno gobierno intervencionista con el ideal del siglo XIX de la «igual protección de las leyes», su aproximación seguía siendo particularista. Se centraba de manera estrecha en los hechos del problema (escuelas para negros) y no trataba de hacer una declaración prematura de unos principios globales capaces de integrar la Reconstrucción con el *New Deal*.

El Tribunal de *Griswold* se acerca más al núcleo del problema. Afronta de lleno el rechazo popular del constitucionalismo del mercado libre en la década de 1930 y se pregunta cómo interpretar los textos de la Fundación en un régimen constitucional que ya no está comprometido con una fuerte protección de la propiedad y de la libre contratación. Desde este punto de vista,

la reinterpretación que hace *Griswold* de los textos de la Fundación en el sentido de un derecho a la privacidad, más que de un derecho a la propiedad y a la contratación, es nada menos que una brillante propuesta *interpretativa*. Es verdad que cuando los Fundadores pensaban en la libertad personal utilizaban el lenguaje de la propiedad y el contrato; teniendo en cuenta que el *New Deal* rechaza este lenguaje, ¿acaso no *nos* proporciona el lenguaje de la privacidad la forma más significativa de preservar, en un Estado del bienestar intervencionista, estas afirmaciones de la libertad que hace la Fundación?[65].

Una respuesta satisfactoria, por supuesto, tiene que hacer frente a los retos que plantea una aproximación muy diferente a la síntesis uno-tres propugnada por Black y Stewart, una aproximación recientemente revigorizada por un número sorprendentemente grande de nombramientos de estatistas en los tribunales por parte de la Administración Reagan, que, aparentemente, abogaba por una retórica individualista[66]. Como en el caso *Brown*, sin embargo, mi objetivo aquí ha sido empezar una historia, no concluirla.

Síntesis e interpretación

Confío haber sido lo bastante explícito como para sugerir cuál es mi objetivo más general: definir un modelo de interpretación que haga justicia a la complejidad de la práctica judicial estadounidense. Vista desde este punto de vista más general, esta práctica tiene una gran semejanza con otras grandes empresas interpretativas, concretamente con las derivadas de las principales tradiciones religiosas.

La analogía más obvia es con el cristianismo: igual que pasa con los intérpretes de la Constitución estadounidense, los cristianos no suponen que su tradición sea el producto de la experiencia religiosa de un solo periodo histórico. De una forma u otra, si quieren escuchar la palabra de Dios tienen que sintetizar el significado del Antiguo Testamento de los judíos y el del Nuevo Testamento de los cristianos en un *corpus* único. Desde un punto de vista formal, también hemos de fijarnos en el islam para tener las ideas más

[65] Desde este punto de vista (véase Robert McKay, «The Right of Privacy: Emanations and Intimations», *Michigan Law Review*, vol. 64, 1965, p. 259), la acusación de que el uso que hace Douglas del concepto de privacidad estaba a años luz de la contemplada por Warren y Brandeis en su gran artículo sobre privacidad no puede estar más alejada de la verdad. Pues el punto de vista mismo de este temprano ensayo es el de utilizar el concepto de privacidad para elaborar valores a menudo protegidos por la doctrina liberal de la propiedad, lo que permite su preservación en un mundo sometido a una creciente regulación por parte del gobierno intervencionista. Véase Charles Warren & Louis Brandeis, «The Right to Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890, p. 193.

[66] Puesta de manifiesto por la opinión mayoritaria en Bowers v. Hardwick, 478 U.S., 186 (1986), negándose a generalizar el principio de privacidad para incluir la intimidad homosexual además de la heterosexual.

claras. Nuestro moderno problema de interpretación constitucional es un problema que implica la síntesis de *tres* experiencias generacionales diferentes y, por consiguiente, tiene la misma estructura que la narrativa islámica, en la que Mahoma es visto como un inspirado continuador (y también como un transformador) de las enseñanzas de Cristo y de Moisés.

Y sin embargo, es peligroso saltar tan rápidamente el muro hermenéutico que separa a los intérpretes de Nosotros, el Pueblo de los intérpretes de la voluntad de Dios. Obviamente, la tradición estadounidense nace en el espíritu de la Ilustración. Los abogados estadounidenses tienen prohibido, por una orden de la Primera Enmienda, suponer que la Constitución no es más que una continuación del proyecto divino descrito en uno u otro texto sagrado.

Y lo que es igualmente importante: los estadounidenses no contemplan los movimientos liderados por James Madison, Abraham Lincoln, Franklin Roosevelt o Martin Luther King de la misma forma que los cristianos creyentes contemplan la relación entre Cristo y Moisés, o que los musulmanes contemplan la de Mahoma con sus predecesores. Para estos creyentes, el último movimiento sirvió para cerrar el canon y para revelar, de una vez por todas, la última palabra de Dios (antes del fin de los tiempos). Para los ciudadanos de una república secular, las expresiones pasadas de Nosotros, el Pueblo tienen un estatus diferente. Ninguna de ellas proporciona la última palabra que hace impensable una posterior revisión humana. Nuestras enmiendas actuales representan transformaciones profundas, pero parciales, de la visión elaborada primeramente por los Fundadores de la Ilustración. Mientras viva la República estará abierta la posibilidad de la crítica y de la reconstrucción popular.

Mientras tanto, nos toca a nosotros reconstruir las diferentes contribuciones de diferentes generaciones, ninguna de ellas completa, todas ellas importantes. Si bien los Republicanos de la Reconstrucción y los Demócratas del *New Deal* hicieron añicos la visión de la Fundación, ninguna generación ha movilizado sus energías políticas para reconciliar estos logros dispares en un todo integral, a la manera de la Convención de Filadelfia. Quizá una generación futura llevará a cabo este intento en una segunda Convención Constitucional. Solo una cosa está clara: el Tribunal Supremo no puede echar el cierre sin más hasta que esto suceda. El flujo de casos concretos obliga a los jueces a confrontar y reconciliar, sin la ayuda de la inspiración divina, los logros históricos dispares del pueblo estadounidense.

Cuanto más en serio nos tomamos la lucha de los jueces, más percibimos un patrón persistente en sus actividades sintéticas. Tanto al comienzo de la República Media como de la República Moderna, los jueces respondieron

a la reciente transformación tratando de preservar aquellos fragmentos de la vieja tradición en la que se habían formado. Así, la mayoría en el caso *Slaughterhouse* no fue capaz de repensar los principios básicos del federalismo que estaban en la base del orden republicano temprano; la mayoría, en el caso *Carolene Products*, trataba de convencerse a sí misma de que la validación popular del gobierno nacional intervencionista «solo» implicaba el rechazo de la interpretación del Tribunal de unas cuantas cláusulas de la Constitución relativas a los contratos, la propiedad y la regulación del comercio interestatal pero no había desacreditado los intentos del Tribunal de preservar otros aspectos de la Carta de Derechos y las enmiendas de la Reconstrucción del flujo y reflujo de la política ordinaria.

Con el tiempo, una aproximación diferente a la síntesis salta a primer plano. A medida que la última transformación se aleja de la experiencia colectiva, que surge una nueva generación de juristas y ciudadanos y que se acumulan los casos de jurisprudencia, aparece una perspectiva nueva y más completa sobre la síntesis multigeneracional. Aquí, los jueces del Tribunal ya no se contentan con preservar fragmentos del viejo régimen; tratan de integrar en la vieja tradición, de una manera global, los nuevos principios añadidos por la última transformación. He tratado de mostrar cómo ha funcionado este proceso en *Brown* y en *Griswold*, tal y como funcionó en la República Media. Y mi intención al escribir este libro es precisamente contribuir a este proceso.

Si tengo éxito en mi intento, quizá la nueva generación de ciudadanos, juristas y jueces podría, con el tiempo, forjarse una interpretación más favorable y tener una ayuda más genuina de aquellos de nosotros que tenemos la suerte de ganarnos la vida como comentaristas académicos. Mientras reflexionamos juntos sobre las complejidades de las síntesis uno-dos, dos-tres, uno-tres, uno-dos-tres, no convergemos milagrosamente en una sola respuesta doctrinal clara. Ni siquiera las respuestas más reflexivas alcanzadas por los más grandes tribunales de nuestra historia han dicho la última palabra en el pasado, ni la dirán en el futuro.

Mi lectura de la historia estadounidense sugiere una relación más dialéctica entre el Pueblo y el Tribunal. Ofreciendo la síntesis más profunda de los logros constitucionales del que han sido capaces en el pasado, los jueces del Tribunal proporcionan a los estadounidenses de hoy un espejo dialéctico, como quien dice, en el que pueden contemplarse ¿Revela la representación del Pueblo por el Tribunal una imagen de nuestra identidad constitucional con la que estamos dispuestos a vivir? ¿Ha llegado de nuevo el momento de movilizar nuestras energías políticas para transformar nuestros principios fundamentales? Si el momento de proceder a elaborar una política constitucional seria es ahora, ¿qué aspectos de nuestra

norma superior necesitan crítica y transformación y qué aspectos necesitan un mayor desarrollo?

Cuanto mejor hagamos nuestro trabajo de síntesis interpretativa los miembros de la comunidad legal, más útiles seremos a nuestros conciudadanos en el presente y en el futuro, pues el proyecto de producción normativa constitucional en el que estamos enfrascados solo terminará con la muerte de la República.

Coda

Descubrir la Constitución: como idea distintiva, como régimen político, como Estado de derecho. He tratado de introducir los múltiples e interrelacionados aspectos del ejercicio histórico de democracia dualista que ha realizado el pueblo estadounidense.

Pero solo he rozado la superficie. Ninguna obra por sí sola (ninguna mente en solitario) puede hacer justicia al espíritu de la Constitución. Lo mejor que puedo hacer es alentar al lector a avanzar hacia la siguiente ronda en el ciclo de la reflexión. Iré más despacio ahora para examinar algunas de las principales ideas que hemos heredado del pasado y para evaluar lo bien que han sobrevivido al viaje hasta el presente.

Empezaré, de manera nada sorprendente, con la Fundación. Exploraremos el pensamiento federalista en busca de una comprensión más profunda de la democracia dualista, uno y otra como ideas básicas surgidas de la experiencia de la generación revolucionaria y en la medida en que continúan estructurando, con muchas transformaciones, la vida política moderna. Un segundo volumen, *Transformaciones*, examinará las contribuciones de la Reconstrucción y del *New Deal* con un espíritu similar. Solo tras haber profundizado en nuestra comprensión de las ideas dualistas en su contexto político en evolución, el tercer volumen de esta obra, *Interpretaciones,* situará nuevamente al Tribunal en el centro del escenario ¿Hasta qué punto ha desempeñado el Tribunal sus funciones conservacionistas durante los dos últimos siglos? ¿Mediante qué técnicas trató Marshall de preservar los ideales de 1787 frente a la «revolución de 1800» de Jefferson? ¿Cómo respondió el Tribunal de Taney al problema planteado por la implicación de Jackson en la política constitucional? Etcétera, etcétera… hasta el intento de los Republicanos de Reagan de modificar la forma de la norma constitucional.

SEGUNDA PARTE
NEOFEDERALISMO

7
PUBLIUS

Perspectiva general

Esta parte rastrea las raíces históricas del dualismo estadounidense hasta la Fundación. Para seguir al dualismo hasta su fuente hemos de aprender a ver a los Fundadores tal como se veían a sí mismos: como unos revolucionarios triunfantes que habían conseguido, una y otra vez, liderar a sus conciudadanos en una acción patriótica colectiva, incluso con un gran coste personal. Por lo que se refiere a los Fundadores, estos actos revolucionarios de ciudadanía movilizada dieron a su vida pública una cualidad especial, muy alejada de los ajetreos de la vida ordinaria.

Al trazar el mapa de su futuro constitucional, los Fundadores no dieron la espalda a su pasado revolucionario. Reconocieron que buena parte de la política estadounidense carecería de la cualidad de la deliberación pública movilizada que ellos asociaban con el espíritu de la Revolución. Gran parte de su Constitución la redactaron teniendo en cuenta las patologías de la política ordinaria, pero no toda ella. Los Fundadores sabían muy bien que su nueva máquina constitucional no podía funcionar indefinidamente sin posteriores ejercicios de deliberación movilizada por el pueblo en general. Así, su texto constitucional inaugura el experimento estadounidense del dualismo definiendo un proceso de producción normativa de carácter superior gracias al cual las generaciones futuras podrían concentrar sus energías políticas para promulgar leyes fundamentales en nombre de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos.

Mi primer objetivo es situar estos dualismos de la Fundación en un contexto histórico, explorando la forma notable en que nuestros predecesores del siglo XVIII resolvieron el problema de constitucionalizar su experiencia de la Revolución Americana. Mi segundo objetivo es diferente, aunque no (espero) inconsistente. Propongo utilizar la Fundación como el comienzo de un diálogo entre el pasado y el presente que nos servirá de técnica central para el descubrimiento constitucional. Me propongo indagar si la Fundación sigue teniendo un significado para nosotros.

La pregunta misma evoca el profundo abismo que nos separa de los portavoces de más o menos un millón de varones dueños de plantaciones, mercaderes, granjeros y artesanos que hablaban en nombre del Pueblo de 1787 ¿Qué pueden aprender los cientos de millones de hombres y mujeres que viven en un país posindustrial y políglota acerca de cómo gobernar una potencia mundial, de unos ingleses imperfectamente liberados que vivieron hace mucho tiempo?

El problema trasciende el obvio abismo político, económico y social que separa a una república agraria situada en los márgenes de Europa de una potencia continental que está en el centro de la economía política mundial, aunque estas diferencias hacen que sea muy difícil establecer una comunicación significativa. La mayor dificultad, como siempre, está en los valores. Los Fundadores hicieron concesiones respecto a la esclavitud y a la intolerancia religiosa; muchos se mostraron positivamente entusiasmados con el sexismo y la desigualdad económica. Resulta fácil utilizar estos y otros muchos desacuerdos éticos como excusas para negarse a entablar un diálogo serio con ellos, para tratar a estos caballeros vestidos de forma extraña como si no tuvieran una conexión más íntima con nuestra identidad política que un puñado de marcianos ¿Qué podemos realmente aprender de estos anglo-chovinistas tan arrogantemente pagados de sí mismos?

Este menosprecio moralizante del compromiso dialéctico se ve curiosamente inducido por un tipo diferente de distanciamiento, que tiene su fuente en el pequeño pero devoto grupo de historiadores profesionales que han dedicado su vida al estudio del pasado de Estados Unidos. Estos académicos están tan resueltos a ampliar el abismo que separa 1787 de 1987 que se encuentran siempre a punto para condenar como antihistórica la mera sugerencia de que los estadounidenses modernos tenemos algo que aprender de nosotros mismos estableciendo una relación significativa con la Fundación. Desde este punto de vista tan profesional, el intento de aprender de la Fundación no es más que una especie de combate de boxeo imaginario; el mundo de 1787 queda tan lejos del nuestro que los «Fundadores» que descubrimos son un producto enteramente de nuestra propia creación. Los estadounidenses que vivieron hace dos siglos no tienen nada en común con los que viven ahora, salvo unos cuantos trozos de papel cuyo significado se ha divorciado de los contextos en los que se originaron. De ser realmente así, el ejercicio mismo del compromiso dialéctico puede parecer históricamente viciado y moralmente sospechoso.

Y sin embargo, el hecho es que el lenguaje y la práctica constitucionales actuales pueden remontarse a los de la Fundación. Los estadounidenses perderemos un recurso vital para nuestro autoconocimiento político si

nos distanciamos de estos orígenes. El resto es muy claro: ¿podemos reconocer las formas históricas y morales en las que *nosotros* somos diferentes de *ellos* y sin embargo encontrar puntos de contacto dialéctico que iluminen sinceramente el vínculo sin solución de continuidad que nos une a nuestros orígenes?

Este capítulo invita al lector a releer *The Federalist Papers* sin perder de vista esta cuestión. Me he centrado en estos ensayos de Hamilton, Madison y Jay (escritos utilizando el evocador seudónimo de Publius) porque representan el intento más reflexivo de los Fundadores de convencer a sus compatriotas de que la Constitución es digna de «reflexión y de elección»[1]. Desde el principio mismo, *The Federalist* ha servido de espejo dialéctico a través del cual los estadounidenses han vislumbrado sus identidades constitucionales. De momento no voy a describir la senda de la interpretación a lo largo de los siglos, ni situaré *The Federalist Papers* en el contexto más amplio del pensamiento de finales del siglo XVIIII; postergaré estas cuestiones hasta el próximo capítulo. Propongo sumergirnos inmediatamente en estos, buscando similitudes que pueden seguir en pie una vez que hemos puesto entre paréntesis las diferencias morales más obvias que nos separan. Al enfrentarnos al número 10 de *The Federalist*, no me centraré en la apasionada diatriba de Publius contra «el furor por el papel moneda, por la abolición de las deudas, por la división igualitaria de la propiedad o por cualquier otro proyecto indecoroso o malvado»[2]. Con independencia de lo que pudiera pensar Publius, nosotros sabemos que la constitucionalización del papel moneda fue uno de los logros de los Republicanos de la Reconstrucción[3]; la legitimación del Estado del bienestar, el triunfo de la Democracia del *New Deal*. De modo parecido, la apología embarazosa que hace *The Federalist* del compromiso de la Constitución con la esclavitud[4] solo puede servir para recordarnos las luchas que quedan por librar antes de que negros, mujeres y otros grupos subordinados lleguen a convertirse en ciudadanos de pleno derecho del país en el que viven. La cuestión no es si tenemos que poner a los Federalistas de la Fundación en un pedestal, sino qué podemos todavía aprender de ellos que pueda iluminar nuestra búsqueda de autodefinición constitucional.

---

[1] *The Federalist,* núm. 1 (A. Hamilton), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers,* cit., p. 33.

[2] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 10 (J. Madison), p. 84.

[3] Véase *The Legal Tender Cases*, 79 U.S. (12 Wall.), 457 (1871). Para un buen relato de la notable política constitucional que requiere esta decisión, véase Ch. Fairman, *History of the Supreme Court of the United States: Reconstruction and Reunion, 1864-1888*, cit., primera parte, cap. 14.

[4] Véase *The Federalist,* núm. 54 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 336-341.

Constitución y revolución

«Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos…». Empecemos con el notable acto implícito en el hecho de escribir estas palabras. Solo seis años antes, los trece estados habían acordado por unanimidad los Artículos de la Confederación, que se proclamaban como la base de una «Unión perpetua». Ahora bien, tras un corto verano de reuniones secretas, treinta y nueve «patriotas»[5] de la Convención estaban proponiendo no solo destrozar este inicial esfuerzo tan duramente ganado, sino también reclamando autoridad, en nombre del Pueblo, para ignorar las reglas que los propios artículos establecían para proceder a su revisión misma. Los Artículos estipulaban explícitamente la necesidad de acuerdo entre los trece estados antes de que pudiera promulgarse un cambio constitucional[6]; sin embargo, los Fundadores declararon que su nueva Constitución hablaba en nombre de «Nosotros, el Pueblo» si solo nueve estados daban su consentimiento. Esta redefinición revolucionaria de las reglas del juego se amplió todavía más, incluyendo la forma en que los nueve estados tenían que dar su aprobación. Como la Convención preveía las luchas por la ratificación que acechaban en el futuro, se negó a permitir que los gobiernos estatales existentes vetasen su autoridad para hablar en nombre del Pueblo. Solamente unas «convenciones constitucionales» especiales podrían determinar la suerte de la nueva Constitución[7]. ¿Qué justificaba que los Federalistas afirmasen que esta táctica evasiva en torno a las formas legales les daba una base *mejor* para representar al Pueblo a ellos que a los gobiernos entonces establecidos?

Empiezo con la respuesta que da Publius a esta cuestión, no solo porque la lucha librada para establecer la propia autoridad es siempre reveladora, no solo porque esta misma respuesta ha resonado a lo largo de toda nuestra historia constitucional, sino también porque proporciona una perspectiva característica sobre uno de los enigmas centrales de la política moderna: la naturaleza de la revolución. Pese a las esperanzas

---

[5] Hubo cincuenta y cinco delegados enviados a la Convención, pero solo treinta y nueve permanecieron hasta la firma de la propuesta final. Dos de los tres neoyorquinos abandonaron la Convención en respuesta a su deriva federalista, dejando que Hamilton firmase en solitario por parte del Estado. Esto fue mejor que lo que hizo Rhode Island, que boicoteó la Convención desde el principio. Véase Max Farrand, *The Framing of the Constitution of the United States*, cit., pp. 11-12.

[6] El Artículo XIII estipulaba que «los Artículos de esta Confederación serán inviolablemente observados por todos los estados, y la unión será perpetua; no se hará ninguna modificación en ellos en ningún momento a partir de ahora, a menos que dicha modificación sea acordada en un Congreso de los Estados Unidos, y posteriormente confirmada por la asamblea legislativa de cada estado», reimpreso en *ibid.*, p. 223.

[7] El Artículo 7 de la Constitución original estipula: «La Ratificación de las Convenciones de nueve estados será suficiente para el establecimiento de esta Constitución entre los Estados que las hayan ratificado». He discutido en extenso el estatus legal de esta ruptura con los Artículos de la Confederación en el capítulo 2, nota 4.

y a los temores que suscita, la palabra revolución se ha convertido en una de las grandes trivialidades de la vida de finales del siglo XX. ¡Hemos visto tantas veces antes (aunque solo fuera en las pantallas de nuestros televisores) a las masas levantándose, los lemas enérgicos, los líderes carismáticos! Los revolucionarios modernos, a menudo, parecen efectivamente conformarse con representar un papel menor, como variaciones sobre unos guiones escritos por vez primera en París, en San Petersburgo o en Pekín. Pese a su orgullosa forma de hablar de un nuevo comienzo, ¿existe algo más familiar que una revolución?

Y sin embargo, hubo un momento en que todo esto no estaba tan claro. Por un extraño accidente, Washington, Madison y el resto de revolucionarios americanos reunidos en Filadelfia eligieron el último momento posible, momento en el que sus deliberaciones no se verían afectadas por los acontecimientos que sacudieron a París, y al mundo, en 1789. A diferencia de sus modernos equivalentes, eran incapaces de verse a sí mismos como mediocres imitaciones de Robespierre o Napoleón, de Lenin o Mao. Se vieron obligados a pensar por sí mismos las posibilidades de un nuevo orden político abiertas por la Revolución Americana. El resultado fue la construcción de una concepción dualista del gobierno muy diferente de las visiones exploradas por los revolucionarios posteriores en París, Moscú o Pekín. No entenderemos este logro leyendo la historia al revés y mirando a los Federalistas de la Fundación como si estuvieran interpretando una u otra escena de las Revoluciones Rusa o Francesa.

Hablando en general, esta ha sido la suerte que ha corrido la Fundación durante el siglo XX. Muchos de nuestros más brillantes historiadores han dejado que la imagen de revoluciones posteriores hayan condicionado su aproximación a los Federalistas, a veces ostensiblemente, a veces de forma sutil[8]. Este fracaso académico refleja un malestar general. Las revoluciones francesa, rusa y china han tenido un profundo impacto en la conciencia popular y no solo en la académica. Dado que estas revoluciones no consiguieron generar una visión del orden constitucional que se pareciese al de Estados Unidos, su mayor visibilidad hizo que los estadounidenses modernos perdiesen de vista las raíces revolucionarias de su propia Constitución.

Para recuperar la perspectiva, empezaré con una afirmación sobre la dificultad constitucional con que topan todas las revoluciones triunfantes, una afirmación lo suficientemente general como para cubrir el caso de Pekín o el de Filadelfia. Solo de esta forma podremos entender la especificidad y la creatividad de la respuesta Federalista.

---

[8] Véase el capítulo 8.

El problema de la legitimidad revolucionaria

Imagine el lector por un momento que está viviendo alguna de las escenas revolucionarias que se han convertido, a base de un sinfín de repeticiones, en una parte de la conciencia común. Pero no empiece por el momento culminante en el que usted y sus compañeros revolucionarios exploran triunfalmente los escombros del viejo régimen. Empiece en un momento en que la victoria final parezca más dudosa.

Momento Uno. Está usted cercado por un régimen asentado en el poder: personas ocupando cargos gubernamentales, declarándose a sí mismos gobernantes legítimos del territorio; otros conspirando e intrigando para sustituir al actual gobernante; las masas observándolo todo con una indiferencia resignada: política ordinaria.

Todo esto, por lo que a usted respecta, apesta. Aunque el gobierno dice representar al Pueblo, usted piensa lo contrario. Pese a su incontestable dominio de las formas legales establecidas, usted y sus camaradas (no el gobierno) son los verdaderos representantes del Pueblo. Ahora bien, esa afirmación requiere coraje, no menos espiritual que físico. Al fin y al cabo, ¿quién se cree usted que es? ¿El nuevo Mesías?

Los fanáticos religiosos interrumpirán seguramente la conversación en este punto, pero para los laicos las cosas son más complicadas. Previsiblemente, los revolucionarios políticos responderán a la cuestión de su propia legitimidad de tres maneras diferentes. Primero dirán que el gobierno establecido está *subvirtiendo el bien público*. Esto requiere una ideología que concrete cuál es el bien público que está siendo subvertido. Segundo, se presentarán a sí mismos como poseedores de *virtudes especiales* que los califican de verdaderos representantes del Pueblo sobre otros candidatos a esta posición. Tercero, la afirmación de legitimidad de los líderes tiene que ser validada por el *consentimiento concreto* de sus conciudadanos, que han de reconocerlos como los verdaderos representantes del Pueblo pese a su ilegalidad. Sin estas convenciones validadoras, usted no puede ser un líder revolucionario, solo puede ser un líder en busca de una revolución.

Momento Dos. El viejo régimen se ha derrumbado; la legalidad establecida se ha desintegrado. Usted y sus camaradas han ocupado los centros de mando y proceden a gobernar. De un modo bastante notable, ustedes tienen ahora el control de las formas de autoridad legal. Si bien ésta era, de algún modo, la razón que les llevó a luchar, la victoria trae consigo sus propias situaciones embarazosas.

La revolución es un juego al que cualquiera puede jugar. Del mismo modo que usted desafió a la autoridad establecida, otros pueden hacer lo mismo con usted. También ellos pueden proclamar su virtud superior y

acusarle a usted de subvertir el bien público ante unas convenciones irregulares que hablan en nombre del Pueblo. La vigilancia policial y el uso efectivo de la fuerza son parte de la respuesta revolucionaria exitosa a tales rivales, pero hay también otra parte: la explicación de por qué es incorrecto para otros usurpar la corona del usurpador.

Dos soluciones sencillas

Hay dos respuestas obvias. La primera es la «revolución permanente». Aquí, la elite revolucionaria niega que haya sucedido nada realmente importante con su acceso a la autoridad legal. Al fin y al cabo, los miembros de la elite no requieren formas legales anteriores para declararse a sí mismos representantes verdaderos del Pueblo. Basta con que se presenten a sí mismos ante unas asambleas irregulares como personas poseedoras de una virtud especial que persiguen el bien público. Y la «legalidad revolucionaria» que fue lo suficientemente buena para los grandes momentos de la gloriosa victoria es ciertamente lo suficientemente buena hoy. Así, pues, *hip, hip, hurra*, adelante al servicio del pueblo. Cualquiera que interfiera es un contrarrevolucionario que tiene que ser relegado al pasado o reeducado de por vida en un «mundo feliz».

La otra respuesta obvia es la «amnesia revolucionaria». Ahora que hemos tomado el poder, dejadnos olvidar cómo lo hemos hecho. La ley es la ley. Si no os gusta la ley, tratad de cambiarla mediante las formas (recién) establecidas. Cualquiera que ignore las formas y viole la ley es un delincuente. Y los delincuentes tienen que estar en la cárcel.

Leyendo *The Federalist*

Ahora bien, la primera razón de que valga la pena leer *The Federalist* (no solamente por parte de los estadounidenses, sino por parte de cualquier persona sensata) es que propone una tercera vía para resolver el problema de la legitimidad revolucionaria. Si bien rechaza la conveniencia de la revolución permanente, concede un gran valor a la actividad política pública que implica el sacrificio ciudadano de los intereses privados para perseguir el bien común en asambleas políticas efímeras e informales. Si bien rechaza la amnesia revolucionaria, insiste en que las formas de un compromiso con movilización de las masas deberían dominar el escenario constitucional solo en ciertas situaciones históricas bien definidas. Cuando estas condiciones no se dan, no ha de permitirse a los representantes gubernamentales que pretendan hablar con la plena autoridad del Pueblo. Durante los periodos de política ordinaria, tienen que estar

limitados por las formas constitucionales impuestas durante los raros periodos de creatividad constitucional en los que el Pueblo se moviliza y habla con una voz diferente.

Pero si el Pueblo no habla todo el tiempo, ¿cómo reconocer los raros momentos en que los estadounidenses han decidido formular un juicio político reflexivo? *The Federalist* traza la línea con ayuda de una teoría dualista de la vida política. Solo uno de los aspectos del dualismo es familiar a todos los que han estudiado educación cívica en el instituto. En el número 10 de *The Federalist*, Publius presenta un análisis profundo de la política de facciones. «Por facción entiendo un número de ciudadanos, tanto si son una mayoría como una minoría del total, que se unen y actúan en virtud de un impulso común, por pasión o por interés, y de forma adversa a los derechos de otros ciudadanos, o a los intereses permanentes y conjuntos de la comunidad»[9]. Aunque la política faccional le resulta naturalmente desagradable a un revolucionario triunfante, Publius piensa que el remedio puede ser peor que la enfermedad. La única forma segura de suprimir las facciones es obligar a todo el mundo a pensar igual. Esta destrucción de la libertad es inconsistente con todo aquello que representa la Revolución Americana. Lo mejor que podemos esperar es una mejora de las consecuencias perversas de la facción. Y aquí es donde entra el derecho constitucional. Mediante una inteligente manipulación de las formas legales, podemos hacer que las diferentes facciones se enfrenten unas con otras de modo que causen un daño relativamente pequeño a los derechos de los ciudadanos y a los intereses permanentes de la comunidad.

De momento, no tenemos necesidad de analizar la sustancia de la ciencia constitucional federalista. Los puntos importantes van más allá. Según Publius, la sabiduría constitucional empieza reconociendo que el futuro de la política estadounidense no será una larga y gloriosa recreación de la Revolución Americana. *The Federalist* construye los fundamentos de un tipo diferente de política en el que la pasión y el interés separarán a los estadounidenses, en vez de subrayar los intereses permanentes y los derechos fundamentales que tienen en común. Por lo que se refiere a esta política, las nuevas formas constitucionales deberían imponerse a los resultados políticos ordinarios.

Pero no podemos permitir que el brillante bosquejo que hace Publius de la facción en el número 10 de *The Federalist* nos oculte la visión más amplia de la vida política que se expone en la publicación en su conjunto. Esto nos privaría de la perspicaz visión de Publius respecto a la política que mejor conoce: la suya ¿Acaso supone que la Convención Constitucional es una asamblea de una facción del tipo que se condena en el número 10 de *The Federalist*? Si la respuesta es sí, ¿por qué espera que sus propuestas

---

[9] *The Federalist,* núm. 10 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers,* cit., p. 78.

constitucionales consigan el consentimiento de sus compatriotas? Y si la respuesta es no, ¿por qué no?

Política constitucional

Un documento clave es el número 40, donde Publius se encara con la decisión de la Convención de hacer añicos los Artículos de la Confederación y cambiar las reglas para la ratificación constitucional, que los Artículos habían establecido solo seis años antes, de una manera que mejoró enormemente las posibilidades de éxito de los federalistas.

Publius emprende una defensa en dos partes. Por lo que respecta a la decisión de remodelar el orden constitucional, se enfrenta directamente con sus críticos. Haciendo suyos los documentos legales relevantes, trata de persuadirles de que la Convención tenía la autoridad legal para proponer cambios profundos en el sistema preexistente. Estos argumentos tienen su cuota de problemas, pero no es necesario examinarlos. Es más importante contrastar este ejercicio legalista con el tratamiento que hace Publius de las tácticas evasivas de la Convención respecto a la regla que requiere el consentimiento estatal por unanimidad [de los estados] para llevar a cabo enmiendas constitucionales. Aquí tenemos una rotunda confesión: «En este detalle en particular se admite que la Convención se aparta de su cometido»[10].

Esta confesión explícita de ilegalidad motiva las notables reflexiones del documento en las que se define «hasta qué punto consideraciones relativas al deber […] podían haber suplido cualquier defecto de la autoridad regular»[11]. Vale la pena reflexionar sobre la respuesta:

> Veamos el terreno en el que se asentaba la convención […]. Tienen que haber reflexionado que en todos los grandes cambios de los gobiernos establecidos, las formas tienen que dejar paso a la sustancia; que una adhesión rígida [a las formas] […] convertiría en insignificante el derecho trascendente y valiosísimo del pueblo a «abolir o modificar sus gobiernos […]», ya que es imposible para el pueblo moverse espontánea y universalmente en concierto; es, por lo tanto, esencial que tales cambios sean instituidos por medio de unas *propuestas informales y no autorizadas*, hechas por unos ciudadanos patrióticos y responsables [...]. [La Convención] tiene que haber recordado que fue por medio de este privilegio irregular y asumido de proponer al pueblo […] como se unieron primero los Estados frente al peligro con que les amenazaba su antiguo gobierno; […] ni tampoco pudo haberse olvidado de que no hubo escrúpulos inoportunos ni se vio afán alguno por adherirse a las formas ordinarias, excepto

[10] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 40 (J. Madison), p. 251
[11] *Ibid.*

> en aquellos que deseaban permitirse, ocultos bajo estas máscaras, su secreta enemistad a la sustancia por la que se peleaba. Tienen que haber tenido en cuenta que dado que el plan que se había de formular y proponer tenía que ser sometido *al propio pueblo*, porque la desaprobación de esta suprema autoridad lo destruiría para siempre; su aprobación borra errores e irregularidades precedentes[12].

Escuchen la voz del revolucionario triunfante: la forma más alta de expresión política no se encuentra en asambleas formales surgidas de la ley preexistente, sino por medio de un «privilegio irregular y asumido» para hacer «propuestas informales y no autorizadas». Si estas propuestas eran aceptadas por una convención irregular pero popularmente elegida, hemos de entender que *el propio pueblo* (estas palabras están en cursiva en el original[13]) había hablado; y si el Pueblo aprobaba las propuestas meditadas de la elite revolucionaria, esto podía «borrar errores e irregularidades».

Palabras mayores. De momento estoy menos interesado en evaluar la teoría federalista que en recuperarla del basurero de la historia. Desde este punto de vista, es importante reconocer que Publius no está diciendo aquí nada que sus lectores hubiesen considerado idiosincrásico. Al contrario, *el significado mismo de «convención» se relacionaba con algo ilegal en el siglo XVIII*[14]. Los estadounidenses se habían apropiado de la palabra tomándola de la práctica constitucional inglesa, en donde «convención» se utilizaba para designar un parlamento legalmente defectuoso, y muy particularmente la convención que presidió la Gloriosa Revolución de 1688. Esta convención consistió en lores y comunes que se reunieron sin el rey; y mediante la misma, según la interpretación *whig* estadounidense, el Pueblo de Inglaterra preservó su autoridad derrocando a un monarca tiránico e imponiendo una Carta de Derechos a sus sucesores. Por lo que a los estadounidenses se refería, *esta* legalmente imperfecta convención representó un punto culminante en la historia inglesa. Y era natural que utilizasen esta misma palabra para designar a sus propias asambleas revolucionarias reunidas desafiando a los funcionarios del rey; y del mismo modo que el

---

[12] *Ibid.*, pp. 252-253 (citando la Declaración de Independencia; subrayado en el original). Aunque el argumento central sobre este punto se expone en *The Federalist*, número 40, pp. 251-255, entre los más importantes textos secundarios hay que incluir *The Federalist*, núms. 39 y 43.

[13] ¿Es importante la cursiva? No lo sé. Ciertamente, si *The Federalist* fuese un texto del siglo XX, el énfasis tipográfico (que yo he verificado en las ediciones originales) tendría alguna importancia. Si bien tomo nota de la cursiva original en mi discusión, no parece que haya nada importante en la tipografía del siglo XVIII. La cursiva simplemente enfatiza significados ya evidentes.

[14] Los siguientes párrafos deben mucho a G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., cap. 8, que a su vez se basa en R. R. Palmer, *The Age of the Democratic Revolutions: A Political History of Europe and America, 1760-1800*, Princeton, Princeton University Press, 1959, cap. 7. Edmund Morgan ha aportado recientemente un análisis muy esclarecedor en *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Nueva York, W. W. Norton and Co., 1988, cap. 4.

pueblo inglés se había representado a sí mismo mediante una convención durante la Revolución Gloriosa, lo mismo haría el pueblo estadounidense durante su aún más gloriosa revolución.

Al tomar prestada la palabra «convención», los estadounidenses cambiaron la práctica inglesa en un aspecto crucial. Aunque podrían derrocar a un rey tirano e imponer condiciones a sus sucesores, los defectos legales de la convención de 1688 persiguieron a quienes habían participado en ella[15]. Tan pronto como Guillermo y María fueron puestos en el lugar que les correspondía, la convención, convertida en parlamento, reafirmó su trabajo en forma de una ley «apropiada»[16]. Para el inglés del siglo XVII, el estatus legalmente defectuoso de la convención significaba que sus productos eran *legalmente inferiores* a los de un parlamento adecuado[17].

Los estadounidenses invirtieron el valor de esta relación. Para ellos, el carácter legalmente anómalo de la «convención» no era un signo de un estatus legal defectuoso, sino de una posibilidad revolucionaria, la de que un grupo de patriotas pudiese hablar en nombre del Pueblo con una *mayor* legitimidad política que la de una asamblea cuya única autoridad derivase de su forma legal. En ese marco revolucionario, tenía sentido negar que «meras» asambleas legislativas pudiesen revisar legítimamente la norma constitucional. A medida que la revolución fue madurando, los estadounidenses insistieron en que el Pueblo podía deliberar sobre materias constitucionales solamente en unos cuerpos especiales cuyo mismo nombre –«convención»– era una negación de que las formas legales pudiesen en última instancia sustituir el compromiso participativo de los ciudadanos[18].

---

[15] Diversos trabajos recientes han valorado en qué medida los miembros de la convención/parlamento eran conscientes de –y luchaban por– su estatus legalmente anómalo. John Miller, «The Glorious Revolution: "Contract" and "Abdication" Reconsidered», *The Historical Journal*, vol. 25, núm. 3, 1982, p. 541; Thomas P. Slaughter, «"Abdicate" and "Contract" in the Glorious Revolution», *The Historical Journal*, vol. 24, núm. 2, 1981, p. 323. Estas incertidumbres se reflejan en los debates de la convención, reunidos por David Jones, *A Parliamentary History of the Glorious Revolution*, Londres, Stationery Office Books, 1988.

[16] El Parlamento de 1690 promulgó «una ley reconociendo al rey Guillermo y a la reina María, y evitando todas las cuestiones relativas a las leyes hechas en el parlamento reunido en Westminster el día 13 de febrero de 1688», que declara explícitamente «que todas y cada una de las leyes redactadas y promulgadas en este parlamento eran y son leyes de este reino y como tal han de ser consideradas, adoptadas y obedecidas por todo el pueblo de este reino», 2 W. & M., 1690, cap. 1, párrafo II, reimpreso en E. Neville Williams, *The Eighteenth-Century Constitution, 1688-1815: Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960, pp. 46-47.

[17] Para un excelente ensayo que trata los temas discutidos en este párrafo, véase J. P. Kenyon, *Revolution Principles: The Politics of Party, 1689-1729*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.

[18] En 1778, los ciudadanos de Massachusetts rechazaron una propuesta constitucional de su asamblea legislativa sobre la base de que la ley fundamental solo podía ser debatida en «convención». El éxito de la subsiguiente convención de Massachusetts obteniendo la ratificación popular de su propuesta en 1780 constituye un precedente importante para el constitucionalismo de los años siguientes. Véase G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 340-341.

Es precisamente este uso revolucionario el que Publius invoca expresamente para justificar la decisión de la Convención de tomar la ley en sus propias manos. Concediendo que era ilegal, el núm. 40 de *The Federalist* no estaba socavando la autoridad de la Convención, sino, en todo caso, incrementándola, al asociarla con la forma institucional que los contemporáneos de Publius vinculaban estrechamente con Nosotros, el Pueblo[19].

Las condiciones de la creatividad constitucional

Pese a todo esto, Publius no sucumbe a la autointoxicación de la «revolución permanente». Deja muy claro que el intento de la Convención de hablar en nombre del Pueblo solo puede ser creíble en unas condiciones muy especiales. El núcleo de este análisis aparece en un importante documento en el que se explica por qué no todas las disputas constitucionales han de someterse para su resolución a la opinión pública:

> Pese al éxito que han tenido las revisiones de nuestras formas establecidas de gobierno y que tanto honran a la virtud e inteligencia del pueblo de Estados Unidos, hay que confesar que los experimentos han sido de una naturaleza demasiado delicada para multiplicarlos innecesariamente. Hemos de recordar que todas las constituciones existentes se formaron en medio de un peligro que reprimía las pasiones más hostiles al orden y a la concordia; de una confianza entusiasta del pueblo en sus líderes patrióticos, que sofocaron la diversidad normal de opiniones sobre las grandes cuestiones nacionales; de un fervor universal por formas nuevas y opuestas producidas por una indignación y un resentimiento universal contra el antiguo gobierno; y mientras ningún espíritu de partido ligado a los cambios que se debían realizar o a los abusos que se tenían que corregir pudo inmiscuirse en la operación. Las situaciones futuras en las que hemos de esperar que nos veremos normalmente involucrados no presentan ninguna seguridad equivalente contra el peligro percibido[20].

---

[19] Una cita más de *The Federalist*, núm. 40 para los aficionados a las citas: «Si la Convención […] hubiese tomado la fría y hosca resolución de […] sacrificar la sustancia a las formas, de someter los más caros intereses de su país a las incertidumbres de la dilación y al azar de los acontecimientos; dejadme preguntar al hombre que puede forjar en su mente una idea elevada, que puede despertar en su pecho una emoción patriótica, ¿qué juicio debería emitir el mundo imparcial, los amigos de la humanidad, cada ciudadano virtuoso, sobre la conducta y el carácter de esta asamblea? O si hubiese un hombre cuya propensión a condenar no fuera susceptible de control, dejadme que le pregunte qué sentencia reservaría para los doce estados que *usurparon el poder* de enviar diputados a la convención, un organismo totalmente desconocido en sus constituciones; para el Congreso, que recomendó el nombramiento de este organismo, igualmente desconocido por la Confederación; y para el estado de Nueva York, en particular, que fue el primero que exhortó y después llevó a cabo esta interposición no autorizada?», *The Federalist* núm. 40 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 253-254. Encontraremos expresiones notablemente similares en posteriores momentos constitucionales, en particular durante la Reconstrucción y el *New Deal*. Véase el volumen 2 de esta obra, *Transformaciones*.

[20] *Ibid., The Federalist*, núm. 49 (J. Madison), p. 315 (subrayado añadido).

Una teoría desalentadora: de los estadounidenses se puede esperar que trasciendan la política faccional solamente «en medio de un peligro que reprima las pasiones». Es como el viejo dicho acerca del poder de la soga de la horca para concentrar la mente, elevado a conciencia política colectiva.

Por si no se le había entendido, Publius dedica el siguiente documento a variaciones importantes. Dado que una constante llamada al Pueblo solo permite la destrucción de formas constitucionales por unos grupos de presión egoístas y apasionados, ¿por qué no un procedimiento legal regularizado bajo el cual la comunidad en general pueda emprender la tarea de la revisión constitucional? Cada siete años más o menos, un grupo de censores podría reunirse para descubrir y sancionar todas las violaciones de la Constitución que hayan tenido lugar desde la última vez que el Pueblo se reunió en asamblea[21].

La respuesta de Publius es predecible pero reveladora en sus comentarios sobre las limitaciones de la forma legal. Se burla de la idea de que una política ciudadana movilizada pueda florecer por orden legal. Al contrario, el espíritu del interés personal degradará las formas constitucionales de control y las facciones más poderosas manipularán su poder ampliado para hablar en nombre del Pueblo. En vez de utilizar la ley para sugerir que el Pueblo podría regularmente emitir un juicio sobre sus representantes, un intento colectivo de trascender las facciones «no sería ni pretendido ni deseado, porque una extinción de los partidos implica necesariamente o bien una alarma general por la seguridad pública, o una absoluta extinción de la libertad»[22]. La primera posibilidad explica el éxito de la generación revolucionaria; la segunda puede evitarse solo si Publius convence a sus conciudadanos de que utilicen la ciencia constitucional federalista para impedir que se forme en el futuro una facción que trate de suprimir la libertad.

Pese al lúgubre énfasis que pone en el rol de la «alarma universal» para lanzar a los estadounidenses a la actividad cívica[23], Publius se niega a aprender la misma lección que Burke tuvo que extraer de las masas de la Revolución Francesa. Publius es consciente de que la ansiedad de las masas «por la seguridad pública»[24] puede precipitar paroxismos de irracionalidad

---

[21] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 50 (J. Madison), pp. 317-320.
[22] *Ibid.*, p. 320.
[23] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 46 también es importante en este sentido. Describe la forma en que el pueblo estadounidense respondería si resultase que los críticos tenían razón y el gobierno nacional se convirtiese en instrumento de la tiranía centralizada a expensas de los estados. Tales «abusos […] no provocarían solamente la oposición de un estado o de unos cuantos estados. Habría señales de alarma general»: *The Federalist,* núm. 46, p. 298 (J. Madison), así como el núm. 49, planteamiento del que Publius espera consecuencias beneficiosas. El fragmento continúa: «Todos los gobiernos defenderán la causa común. Se abrirá una correspondencia. Se concertarán planes de resistencia. Un solo espíritu animaría y conduciría al conjunto. La misma combinación, en breve, resultaría de una percepción del yugo federal como el que produciría el temor de un yugo exterior […]», *ibid.* Vale la pena leer todo el guión que sigue a estas palabras.
[24] *Ibid.*, p. 320.

extrema y opresión brutal que hacen que las patologías de la política ordinaria parezcan a su lado insulsas. De todos modos, con una maniobra crucial, se centra en una posibilidad más constructiva: la experiencia revolucionaria de su generación ha mostrado que el peligro público puede «reprimir las pasiones más hostiles al orden y la concordia», no enardecerlas. Aunque es un asunto «delicado», el pueblo estadounidense ha canalizado sus energías hacia una política deliberativa que es *más* racional y afín al espíritu cívico que la norma. Para Publius, por consiguiente, la imagen de una convención constitucional reúne cuatro características de una forma muy notable: la ilegalidad formal, la energía de las masas, el espíritu cívico *y* una racionalidad extraordinaria se fusionan en una combinación trascendental para la empresa dualista.

Dados sus notables atributos, no es sorprendente que *The Federalist* trate las convenciones constitucionales como si fuesen sustitutos perfectos *del propio Pueblo*. Considérese la descripción que hace Publius de las tácticas evasivas de la Convención respecto a la exigencia de los Artículos de que todas las enmiendas obtengan el consentimiento unánime de los estados:

> En un detalle en particular se admite que la convención se separe del tenor de su comisión. En vez de formular un plan que requiera la confirmación *de las asambleas legislativas de todos los Estados*, han formulado un plan que ha de ser confirmado por el pueblo, y solo necesita nueve estados para ser llevado a cabo[25].

Pero esto no es lo que dice en realidad el texto constitucional. El Artículo Siete estipula que «la ratificación de las Convenciones de nueve estados será suficiente…». Publius, que normalmente cita con precisión, no ve ninguna diferencia importante entre la mención de la «convención» que hace el texto y su propia descripción de la ratificación por el «*pueblo*». Dada la situación revolucionaria, ¿cómo podría ser mejor representado el Pueblo que por medio de un cuerpo deliberante ilegal y de espíritu cívico que invoca a la ciudadanía comprometida de aquellos que están más allá de la cámara de la convención?

---

[25] *The Federalist*, núm. 40 (J. Madison), en Jacob E. Cook (ed.), *The Federalist,* Middletown (CT), Wesleyan University Press, 1961, p. 263 (subrayado en el original). Esta no es la forma en que se lee el texto en la edición popular de Clinton Rossiter que se encuentra normalmente en las librerías. Sin dar una explicación, el texto de Rossiter omite las palabras entre corchetes: «En vez de formular un plan que requiera la confirmación [*de las asambleas legislativas*] *de todos los Estados*, han formulado un plan que ha de ser confirmado [por el *pueblo*] y *solo necesita nueve Estados* para ser llevado a cabo», *The Federalist* núm. 40, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 250. Sigo la lectura de la edición crítica del profesor Cooke, que también confirman otras ediciones. Véase, por ejemplo, la edición de Henry Cabot Lodge, *The Federalist*, Nueva York, G. P. Putnam's Sons, 1891, p. 245.

No es que Publius confíe en que sus compatriotas respondan al viejo estilo revolucionario a la llamada de la Convención desde Filadelfia. *The Federalist Papers* están llenos de indicios de que el impulso revolucionario está menguando; los ingleses se han marchado y, con ellos, ha desaparecido la ansiedad por la seguridad pública que alimentó esa rara mezcla de energía de las masas y deliberación colectiva que podía sostener una política constitucional sana. Si esta Convención falla, la Unión será destrozada por unos políticos egoístas y unos grupos de interés que utilizarán el lenguaje de la soberanía estatal para promover sus proyectos faccionales:

> ¿Tuvo, pues, lugar la Revolución Americana, se formó la Confederación Americana, se derramó la valiosa sangre de miles de personas y se prodigó el sustento de millones que tan difícil había sido conseguir no para que el pueblo de Estados Unidos disfrutase de paz, libertad y seguridad, sino para que los gobiernos de los estados individuales […] pudiesen disfrutar de cierta cuota de poder y exhibir determinadas dignidades y atributos de soberanía? Hemos oído hablar de la impía doctrina en el viejo mundo según la cual el pueblo estaba al servicio de los reyes y no los reyes al servicio del pueblo. ¿Acaso ha de revivir en el nuevo mundo, de otra forma, la misma doctrina de que la felicidad del pueblo ha de ser sacrificada ante los puntos de vista de las instituciones políticas de una forma diferente? Es demasiado pronto para que los políticos presuman que vamos a olvidarnos de que el bien público, el bienestar real de la gran masa del pueblo, es el objetivo supremo a perseguir; y que ninguna forma de gobierno, sea la que fuere, tiene otro valor que la de ser la adecuada para alcanzar este objetivo[26].

«Es demasiado pronto para que los políticos…»: esta no es una floritura retórica. Como recuerda el número 10 de *The Federalist*, la situación normal es aquella en la que las facciones *prosperan*. Y una facción se define precisamente porque sus miembros eligen «olvidar», por así decir, que «el bien público, el bienestar real de la gran masa del pueblo, constituye el objetivo supremo».

Publius se encuentra en una fiera carrera contra el tiempo. En el arrebol de la revolución más exitosa de la historia mundial, ¿han acumulado los estadounidenses una suficiente reserva de racionalidad de intenso contenido público como para apoyar el acto culminante de creación constitucional que le brindan sus líderes revolucionarios?

Aunque la respuesta sea «sí», Publius no supone que su generación haya dicho la última palabra en nombre del Pueblo. Al mismo tiempo que hace hincapié en la ingenuidad implícita en los intentos constantes o formalizados

---

[26] *The Federalist*, núm. 45 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 289.

de dejar las cuestiones constitucionales a merced de la política de facciones, reconoce que «debe marcarse, y mantenerse abierto, un camino constitucional a la decisión del pueblo en determinadas grandes ocasiones»[27]. Habrá otras crisis futuras, nuevas llamadas por parte de futuros hombres de Estado a dejar de lado la mezquindad de la política de facción. Es de desear que el Pueblo, en su forma irregular, esté a la altura del desafío.

Pero esta, comprensiblemente, no era la primera preocupación de Publius. Su preocupación más inmediata era la política de facción, que, precisamente debido al éxito de la Revolución al expulsar a los británicos, parecía inevitablemente en ascenso.

Representando al pueblo

Naturalmente, siempre hubiera sido posible que Washington, Madison y el resto no hubieran hecho nada tras la partida de los británicos. Los revolucionarios triunfantes podían haber permanecido pasivos, dejándose engullir por la marea faccional. Pero Publius no es ningún fatalista. Es un activista legal; a través del uso reflexivo del derecho constitucional, la generación revolucionaria podía encauzar el flujo de la política ordinaria de una manera consistente con el principio revolucionario[28].

Pero Publius no es Pangloss. Casi todo lo que sugiere sabe que fracasará. Estados Unidos es un país de dimensiones imperiales. Ya tiene millones de habitantes; especialmente si la nueva Constitución tiene «éxito», en apenas medio siglo la población de la nación podrá rivalizar con los mayores países del Viejo Mundo. Esta perspectiva no es una buena señal: los reinos de Europa son invernaderos de despotismo[29]. *The Federalist*, además, está estimulantemente libre de cualquier afirmación relativa a que los estadounidenses estén exentos de los males morales que afligen al resto de la humanidad[30].

---

[27] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 49 (J. Madison), p. 314.

[28] Hablo de Publius porque no creo que las obvias diferencias entre Hamilton y Madison –véase Alpheus Mason, «The Federalist–A Split Personality», *American Historical Review*, vol. 57, 1952, p. 625– afecten a los principios fundamentales del constitucionalismo dualista aquí desarrollados. Así, *The Federalist,* núm. 9 [C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 72-73], escrito por Hamilton, afirma la estrecha relación que tiene con el tema desarrollado por Madison en el núm. 10 y trata de localizar el temor a las facciones en el seno de los compromisos más generales de la política de Publius. Si bien yo me centro básicamente en los documentos escritos por Madison, mi lectura coincide con la de otros que han detectado un dualismo aún más amplio en las aspiraciones políticas de Hamilton. Véase Cecilia Kenyon, «Alexander Hamilton: Rousseau of the Right», *Political Science Quarterly*, vol. 73, 1958, p. 161.

[29] Véase, por ejemplo, *The Federalist,* núm. 8 (A. Hamilton) y *The Federalist*, núm. 41 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 66 y 257-260, respectivamente.

[30] Una afirmación particularmente elocuente puede encontrarse en *The Federalist,* núm. 6 (A. Hamilton), p. 59. Véase también *The Federalist,* núm. 31, pp. 196-197; *The Federalist,* núm. 36, pp. 218-219; *The Federalist,* núm. 42 (J. Madison), p. 268, todos ellos en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit.

Cuando Publius pasa del presente monárquico al pasado clásico, la lección es diferente, pero no menos desconcertante. El gobierno republicano es una creación de la polis griega, un microestado tan pequeño que los ciudadanos podían encontrarse y discutir su futuro político en asambleas cara a cara. Estas ciudades-Estado no estaban en absoluto a la altura de los retos militares y económicos de los imperios agresivos[31]. Sus intentos de federación fueron fracasos patéticos; victorias heroicas como la de las Termópilas, precisamente por milagrosas, no podían compensar este fallo de organización política[32]. Peor aún, cuando Publius examina la política democrática de la polis, solo puede llegar a las conclusiones más desesperanzadas. Estos microsistemas de gobierno eran notoriamente inestables y degeneraban constantemente en una forma de confusión y despotismo en la que cada grupo trataba de hacerse con el poder exclusivo para oprimir a los demás grupos. E incluso cuando se mantuvieron las formas democráticas, los resultados fueron ofensivos para los principios de la Revolución Americana. La polis democrática apenas podía contarse como un amigo fiel de la libertad individual: Atenas asesinó a Sócrates, al fin y al cabo[33].

Tratando de encauzar el flujo de la política ordinaria, Publius no supone que sea posible adaptar un proyecto que ha triunfado en otra parte. No se intenta recuperar una edad de oro; no se dice en absoluto que alguien haya construido una ratonera mejor. El modelo más próximo es Inglaterra y todos sabemos hasta qué punto la corrupción ha hecho mella en ella[34].Tras considerar los materiales que tenía a mano, el científico político más sensato de la época, Montesquieu, llegó a la conclusión de que el gobierno republicano no podía sobrevivir sin las constantes llamadas a la virtud pública de la ciudadanía[35]. Y sin embargo, *The Federalist* es muy claro en que esta apelación a la virtud pública no puede y no debe ser el único recurso a la hora de construir una política ordinaria tolerable.

---

[31] *Ibid.*, véase *The Federalist*, núm. 4 (J. Jay), p. 49; *The Federalist*, núm. 18 (J. Madison y A. Hamilton), pp. 122-23, 124-25.

[32] *Ibid.*, *The Federalist,* núm. 18 (J. Madison y A. Hamilton), p. 124.

[33] *Ibid.*, véase la gráfica descripción del fracaso griego en *The Federalist,* núm. 9, pp. 71-76, que prepara el terreno al famoso análisis de Madison en *The Federalist,* núm. 10, pp. 77-84.

[34] *Ibid.*, véase, por ejemplo, *The Federalist,* núm. 5 (J. Jay), pp. 50-51; *The Federalist,* núm. 69 (A. Hamilton), pp. 415-423.

[35] Barón de Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, edición de Franz Neumann, Nueva York, Hafner Publishing, 1949, p. 21 («Los políticos griegos que vivieron bajo un gobierno popular no conocían más apoyo que la virtud […]»). *The Federalist* elude inteligentemente esta afirmación citando a Montesquieu en apoyo de un proyecto muy diferente: *The Federalist,* núm. 9 (A. Hamilton), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 72-73.

La problemática de la representación

Contra todos estos motivos para la desesperación, *The Federalist* solo puede colocar un factor de peso en la balanza: la institución peculiarmente moderna de la representación política. Fue este invento, y no un aumento en la cantidad de virtud humana, lo que hizo posible la esperanza racional de que los estadounidenses podían triunfar allí donde los antiguos habían fracasado[36]. Las instituciones representativas nos permitirán establecer un régimen que englobe a millones de personas con diferentes religiones e intereses económicos. Aunque cada grupo de interés utilizaría con mucho gusto el poder político para subordinar a los otros grupos, su multiplicidad permite al arquitecto constitucional un nuevo tipo de libertad política. En vez de suprimir la facción al precio de la libertad individual, podemos confiar en neutralizar las peores consecuencias de la facción enfrentando unos contra otros a los grupos de interés. De ahí la importancia suprema del derecho constitucional. Manipulando las formas de la representación constitucional, Publius confía en canalizar la política ordinaria en direcciones que no pongan en peligro los principios de la Revolución Americana, principios dilucidados por los métodos irregulares de la política constitucional[37].

¿Cómo preservar los principios de la Revolución? Esta es la cuestión capital del diseño constitucional. Solo una cosa es clara: la decepción espera a quienes no sepan entender el carácter específico de las instituciones representativas y se esfuercen en crear un gobierno nacional que se parezca lo más posible a las democracias cara a cara de la antigüedad[38]. Es muy fuerte la tentación de emular a la polis antigua convocando a unos cuantos centenares de personas a «representar» al conjunto de ciudadanos y a reconstruir el antiguo ritual de la democracia directa. Ellos, y no nosotros, se reunirán en un lugar, discutirán los pros y los contras, contarán cabezas y declararán vencedora a la mayoría en nuestro nombre. Los retóricos tienen un nombre para esta solución al problema de la representación: sinécdoque. En esta licencia retórica, la parte (el Congreso) sustituye al todo (el Pueblo de Estados Unidos): «Los representantes del pueblo, en una asamblea popular, parecen imaginarse que ellos son en

---

[36] Véase, por ejemplo, *The Federalist*, núm. 9 (A. Hamilton); *The Federalist,* núm. 10; *The Federalist,* núm. 51, (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. pp. 72-73; pp. 77-84, respectivamente; y pp. 320-325.

[37] La esperanza dualista expresada en esta sentencia se desarrolla de un modo más sistemático en los seis documentos comprendidos entre *The Federalist*, núms. 46 y 51. Es interesante estudiar juntos estos seis documentos.

[38] Para un expreso y repetido rechazo de la polis como modelo de la teoría constitucional estadounidense, véase *The Federalist*, núm. 9 (A. Hamilton), pp. 72-73; *The Federalist*, núm. 10, pp. 78-84; *The Federalist*, núm. 14, pp.100-101; *The Federalist,* núm. 55, pp. 341-342; *The Federalist*, núm. 63 (J. Madison), pp. 384-385, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit.

realidad el pueblo y dan fuertes muestras de impaciencia y de disgusto ante el menor signo de oposición, venga de donde venga […]»[39].

Todo está perdido si nos dejamos atrapar por esta ingenua sinécdoque. Si confundimos el Congreso con el Pueblo en Asamblea y le damos el poder supremo, actuará de una forma que desmiente su retórica populista:

> La concentración de [todo el poder] en las mismas manos es precisamente la definición del gobierno despótico. No es ningún alivio que este poder lo ejerza una pluralidad de manos en vez de una sola. Ciento setenta y tres déspotas serían seguramente más opresivos que uno solo […] Y tampoco sirve de mucho que seamos nosotros mismos quienes los elijamos. Un *despotismo electivo* no era el gobierno por el que luchábamos […][40].

La representación no solo promete una solución al viejo problema de la democracia, sino que es el origen de un problema totalmente nuevo: la falacia de la reificación, también llamada cosificación. No puede permitirse a ninguna institución de la política ordinaria que se convierta, por una especie de transubstanciación, en el Pueblo de Estados Unidos.

Publius es muy explícito al respecto en el número 63 de *The Federalist*. Rechaza la creencia popular de que el mundo antiguo desconociera la institución del gobierno representativo; con ello clarifica la concepción específica de representación en la que *The Federalist* deposita sus esperanzas:

> En las más puras democracias de Grecia, muchas de las funciones ejecutivas las realizaba no el propio pueblo, sino unos funcionarios elegidos por el pueblo y que *representaban* al pueblo en su capacidad *ejecutiva* […]. A partir de estos hechos, y de otros que podríamos añadir, es evidente que el principio de representación no era ni desconocido por los antiguos ni totalmente obviado en sus constituciones políticas. La auténtica distinción entre estas y los gobiernos de Estados Unidos reside en *la exclusión total del pueblo en su capacidad colectiva* de toda participación *en estos últimos*, y no en *la exclusión total de los representantes del pueblo* en la administración de las *primeras*. Hemos de reconocer, sin embargo, que formulando de este modo la distinción estamos otorgando una superioridad muy ventajosa a favor de Estados Unidos. Pero para que esta ventaja surta realmente efecto hemos de tener cuidado de no separarla de la otra ventaja, la de un territorio extenso, pues no debe creerse que cualquier forma de gobierno representativo hubiese tenido éxito en los estrechos límites ocupados por las democracias griegas[41].

---

[39] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 71 (A. Hamilton), p. 433. Para otro notable análisis del carácter problemático de la representación, véase *The Federalist*, núm. 58 (J. Madison), pp. 357-361.
[40] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 48 (J. Madison citando a Th. Jefferson con aprobación; cursiva en el original), pp. 310-311.
[41] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 63 (J. Madison), p. 387 (en cursiva en el original).

Este texto contrasta con el énfasis anterior de Publius. Antes le hemos oído explicar de qué modo los procedimientos «irregulares y asumidos» de las convenciones constitucionales proporcionaban acceso «*al propio pueblo*»[42]. Ahora, en cambio, declara orgullosamente que «*la exclusión total del pueblo en su capacidad colectiva*» es el sello distintivo de la Constitución de Estados Unidos, que, junto con el tamaño del país, hará posible el éxito de la democracia representativa durante los periodos de política ordinaria. Hemos de rechazar sistemáticamente la idea de que el Congreso (o el Presidente o el Tribunal Supremo) hable con la *auténtica* voz del Pueblo estadounidense. Durante los periodos de política ordinaria, la voluntad política del Pueblo no puede estar «representada» por unas sinécdoques tan ingenuas.

Pero, al mismo tiempo, Publius insiste en que sus creaciones constitucionales (Congreso, Presidencia, Tribunal) *sí* «representan» al Pueblo de una forma que no remite a la sinécdoque. Si queremos entender qué esperan los Federalistas del gobierno estadounidense, primero hemos de clarificar el concepto de «representación» que tiene en mente Publius.

Más allá de la mímesis

Reflexionemos de un modo más general sobre la idea de representación: el proceso por el cual una cosa «vale por» otra. Un experimento mental: suponga que va usted a realizar un largo y peligroso viaje y quiere encargar a un pintor un retrato que le «represente» a usted ante sus seres queridos durante su ausencia. Tiene dos opciones. Por un lado, puede encontrar a alguien con aspiraciones fotográficas. Su intento de representación mimética tendrá ventajas y desventajas familiares. Precisamente porque trata de presentar una copia realista de su aspecto, es fácil que los demás le echen una ojeada superficial. Por esta misma razón, el retrato será poco satisfactorio. Es probable que un artista que sea consciente de que *no puede* reducir la realidad viva a un pedazo de tela, de que *solo* está haciendo una representación, realice un retrato que, aunque sea menos realista, transmita un significado más profundo a quienes lo contemplen. Llamamos a esto representación semiótica, porque comunica explotando conscientemente el reconocimiento del espectador de que el retrato es solo un símbolo y no la cosa simbolizada por el símbolo[43].

---

[42] Una vez más, cursiva en el original. Véase nota 13, supra.

[43] Este párrafo ha sido escrito de una forma que da máxima credibilidad a la aspiración mimética. Definiendo la semiosis como algo que requiere una explotación consciente «del reconocimiento por parte del espectador de que el retrato es solo un símbolo y no la cosa simbolizada por el símbolo», he dejado abierta la posibilidad de que la representación mimética no implique una forma similar de autoconciencia simbólica. Como muchos otros, no creo que esta ingenua afirmación mimética resista un mínimo escrutinio. Véase, por ejemplo, Arthur Danto, *The Transformation of the Commonplace*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1981, pp. 1-32, 54-89. Yo pienso

Publius adopta la interpretación semiótica en su intento de «representar» al pueblo de Estados Unidos mediante un texto escrito, la Constitución. No cabe esperar que sea posible capturar la realidad viva de la soberanía popular durante la política ordinaria. El texto no persigue un falso realismo permitiéndole suponer que el Congreso es el Pueblo. Proporciona un retrato del gobierno que afirma enérgicamente que el Congreso no es más que una «representación» del Pueblo, no la cosa en sí.

¿Y qué mejor manera de hacer esto que haciendo proliferar el número y el tipo de instituciones «representativas» dentro del conjunto constitucional? Así, la Cámara «representa» al Pueblo de una manera, mediante la elección directa de todos los ciudadanos; el Senado «representa» al Pueblo de otra manera, dándole el poder de selección en las asambleas legislativas estatales; la Presidencia lo «representa» de otro modo, mediante el Colegio Electoral. Manipulando el periodo en el cargo y la función constitucional de cada «representante», el sistema dota a cada uno de virtudes de las que los otros carecen. Así, la Cámara tendrá un interés en reflejar cualquier perturbación de la opinión popular; el Senado tendrá la capacidad de emitir un juicio informado; el Presidente, energía y capacidad de decisión. Cuando estos «representantes» discrepen, cada uno de ellos invocará previsiblemente sus propias virtudes en apoyo de su afirmación de estar actuando por el bien público[44].

Si, no obstante, Publius tiene éxito, los otros «representantes» no responderán cediendo poder a la rama más enérgica, sino que resistirán afirmando que *ellos* hablan en nombre del Pueblo, y lo mismo harán las demás. El resultado será el contrario del que espera cada protagonista. El intercambio de afirmaciones y contraafirmaciones entre la Cámara, el Senado y la Presidencia no hará sino enfatizar el carácter problemático del intento de cada parte de representar al Pueblo de una forma simplista, sinecdóquica. *Ningún grupo pequeño puede transubstanciarse en el Pueblo en virtud de una forma legal. Las formas constitucionales solo son un dispositivo para paliar los inevitables males de la política ordinaria*. Si los actores de la política ordinaria pueden ser inducidos de algún modo a socavar la pretensión de los demás de hablar con la voz imperiosa del Pueblo, ésta sería la mejor forma de representar el verdadero estado de la cuestión: «*la exclusión total del pueblo en su capacidad colectiva*» durante los periodos de política ordinaria.

---

que la mímesis se define mejor como el intento de *suprimir* el reconocimiento consciente del intérprete de que el símbolo no es realmente la cosa simbolizada, mientras que la semiosis transmite el significado *provocando* el reconocimiento por parte del intérprete del carácter simbólico del símbolo. Pero no hace falta ir tan lejos para respaldar las afirmaciones que hago en el texto.

[44] Este amplio tema reaparece en la segunda mitad de *The Fedaralist Papers*, empezando con el núm. 52, y trata de mostrar que las diferentes ramas del gobierno controlan los defectos de las otras y producen con ello un todo más «representativo» que cualquiera de sus partes.

Pero el patrón retórico de afirmaciones y negaciones intercambiadas en Washingto, DC. es solo parte de un todo más amplio que incluye a los estados individuales. El federalismo es otra poderosa técnica para problematizar la representación. Considérese la respuesta de Publius a la acusación de sus oponentes de que él no es un «federalista»[45], sino un nacionalista que tiene por objetivo nada menos que la «*consolidación* de los estados» en un solo centro[46].

Publius no responde confesando su nacionalismo, ni estableciendo que él es un federalista en el sentido clásico utilizado por sus oponentes[47]. En vez de ello, nos exhorta a considerar su Constitución desde múltiples perspectivas, empezando por la forma en que será ratificada; observando luego cómo serán seleccionados la Cámara, el Senado y el Presidente; considerando después cómo serán definidos y administrados los poderes del centro; y finalmente apuntando de qué forma se llevarán a cabo las enmiendas constitucionales. Este recorrido pone de manifiesto la imposibilidad de decir si el todo es «realmente» nacional o federal. La cuestión depende enteramente del punto de vista adoptado. Su triunfante conclusión es esta:

> La Constitución propuesta […] no es, en sentido estricto, ni nacional ni federal, sino una composición de ambas. En su fundamento es federal, no nacional; en las fuentes de las que surgen los poderes ordinarios del gobierno, es en parte federal y en parte nacional; en el funcionamiento de estos poderes, es nacional, no federal; en el alcance de los mismos, de nuevo, es federal, no nacional; y finalmente, en el modo de introducir enmiendas, no es completamente federal ni completamente nacional[48].

Multiplicando las perspectivas, Publius desinfla las afirmaciones de los políticos ordinarios que, desde Washington o desde los estados, hablan en nombre del Pueblo. Cada intento oficial es solo una de las muchas representaciones que compiten entre sí. El Pueblo, en cambio, se revela solamente mediante un proceso de enmienda que puede categorizarse mejor negativamente: «Ni completamente federal, ni completamente nacional». Entonces, pero solo entonces, podemos empezar a escuchar la voz irregular, pero inspirada en el espíritu cívico y dotada de racionalidad, de la ciudadanía, que delibera y decide sobre un principio fundamental, tal y como hizo durante las convenciones de la era revolucionaria.

Y sin embargo, si bien Publius empieza su bosquejo haciendo hincapié en que normalmente el gobierno es solo una representación del Pueblo, la

---

[45] Véase *The Federalist,* núm. 39 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 241-246.
[46] *Ibid.*, p. 243.
[47] Véase H. Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, cit., cap. 4.
[48] *The Federalist*, núm. 39 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 241-242.

cosa no termina aquí. Al fin y al cabo, hay muchas maneras de representar algo, tanto si este algo es un ser querido ausente como si es un Pueblo ausente. Y Publius está decidido a diseñar un sistema que, teniendo en cuenta el material humano disponible, haga el trabajo lo mejor posible representando la deliberación inspirada por el espíritu cívico que el propio Pueblo solo puede alcanzar durante las raras crisis constitucionales que «reprimen las pasiones» ¿Cómo proceder, entonces, con este ambicioso proyecto de diseño constitucional?

Ciencia constitucional

No recorramos el camino hollado por otros tantos revolucionarios. Demasiado a menudo, la vanguardia revolucionaria ha respondido a la amenaza de la facción monopolizando el poder de una forma permanente. Por lo que a ellos respecta, *ellos* fueron quienes arriesgaron la vida por el Pueblo cuando realmente contaba. Si, entonces, uno desea representar estos grandes momentos de esfuerzo comunal, ¿por qué no autorizar a estos héroes a gobernar siempre sobre la base de su pasada virtud revolucionaria?

No, dice Publius en el núm. 10 de *The Federalist*, con un análisis que se ha ganado un lugar permanente en los anales de la libertad humana. Estos remedios autoritarios son «peores que la enfermedad» y destruyen la libertad personal que es uno de los grandes logros de la Revolución Americana. En vez de sucumbir a los delirios del elitismo revolucionario, *The Federalist* insiste en que todos los servidores públicos principales deriven su autoridad, directa o indirectamente, de un sistema regular de elecciones populares[49]. La cuestión crucial es cómo organizar el sistema electoral de modo que, pese a las realidades de la facción, los vencedores puedan ser alentados a gobernar de la forma deliberativa y con el espíritu cívico ejemplificado por el Pueblo reuniéndose en convenciones constitucionales durante su mejor momento revolucionario.

La anatomía de la facción

Para poder progresar antes hemos de examinar más de cerca la teoría de la facción de Publius. Hasta ahora me he contentado con describir el interés de Publius en términos generales: en épocas normales, se forman grupos sobre la base de la pasión o el interés para utilizar el poder del Estado a expensas de los derechos de otros ciudadanos y de los intereses permanentes de la

---

[49] *The Federalist*, núm. 10 (definición de república); *The Federalist*, núm. 39 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 81 y p. 246, respectivamente.

comunidad. Es el momento de hacer unas cuantas distinciones necesarias[50]. Según la descripción de Publius, las facciones que actúan movidas por la «pasión» tienen un aspecto diferente de las que actúan por «interés».

Como explica el número 10 de *The Federalist*, las facciones «apasionadas» son de dos tipos básicos:

> Un fervor respecto a las diferentes opiniones relativas a la religión, al gobierno y a otras muchas cuestiones, desde un punto de vista tanto especulativo como práctico; un apego a diferentes líderes que compiten ambiciosamente por la preeminencia y el poder; o a personas de otro tipo cuya suerte ha sido interesante para las pasiones humanas, han dividido a la humanidad en partidos, enardeciéndolos de animosidad mutua y haciéndolos mucho más propensos a irritar y oprimir a los demás que a cooperar con ellos por el bien común[51].

Adaptándome al uso actual calificaré a las facciones descritas en la primera cláusula de ideológicas y a las descritas después de carismáticas[52].

Aunque estos dos tipos de facciones pueden parecer muy diferentes, tienen una importante similitud: las facciones «apasionadas» no tendrán mucha resistencia. Sin embargo, lo que afirma Publius no es que las pasiones se expresen en política de un modo intermitente. De hecho, cuando «no se presentan ocasiones sustanciales, las distinciones más frívolas y caprichosas han sido suficientes para encender las pasiones menos amistosas [de la ciudadanía] y para activar los conflictos más violentos»[53]. Lo que dice es que las facciones particulares apasionadas tendrán una vida media corta; los líderes populares morirán y el fervor ideológico tendrá flujos y reflujos. Esto demostrará ser importante más tarde[54] y ayudará a explicar la importancia que otorga Publius a la separación de poderes. El

---

[50] Estoy en deuda aquí con la importante obra de Douglas Adair y Martin Diamond, que se aborda en el capítulo 8, pp. 258-262.

[51] *The Federalist,* núm. 10 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 79.

[52] Naturalmente, nada impide que una facción sea ideológica y carismática al mismo tiempo, dado que el primer término describe el programa de un grupo y el segundo a sus líderes. En efecto, esta combinación ideológica/carismática empieza a parecerse mucho a la que representa Publius: ¿acaso los propios federalistas no son un grupo que propone, con Washington a la cabeza, «una opinión diferente relativa al gobierno»?

Véase lo estrechamente entrelazados que están los famosos argumentos de Publius en el núm. 10 de *The Federalist* con los temas que hemos desarrollado previamente. Dado que los Federalistas tienen un programa político novedoso y muchos líderes atractivos, el argumento de Publius le exige explicar por qué no están simplemente tratando de «enardecer» a sus conciudadanos «con animosidad mutua». Aunque Publius no trata de hacer esto en el breve espacio del que dispone en el núm. 10, los otros números de *The Federalist* que hemos explorado demuestran que es muy consciente de la necesidad de hacerlo; y de que su intento produce una teoría dualista de la vida política.

[53] *Ibid.*, p. 79.

[54] Véase p. 227.

establecimiento de controles y contrapesos [*checks and balances*] tomará tiempo y el proceso hará estallar muchas facciones carentes de consistencia.

En cambio, las facciones basadas en el «interés» serán más duraderas. Estas facciones se basan en «las diversas y desiguales distribuciones de la propiedad»[55]. Una vez más, Publius divide esta categoría en dos: las que hacen hincapié en la «variedad» de intereses económicos y las que lo hacen en la «desigualdad» económica. La primera se parece a los grupos de interés del pluralismo moderno: terratenientes, fabricantes, mercaderes, banqueros y otros grupos compiten entre sí parea utilizar el poder gubernamental en beneficio propio. El segundo tipo de facción se parece a los modernos igualitarios que defienden los intereses de los pobres frente a los ricos. Publius piensa que ambas facciones son malas; él no es ni un protopluralista ni un protoredistribucionista. Es un revolucionario triunfante con una agenda propia del siglo XVIII, no con una agenda del siglo XX. Piensen lo que piensen los estadounidenses modernos, *él* habla en nombre de un Pueblo de varones blancos mercaderes y propietarios de plantaciones, de granjeros y de artesanos que hicieron una Revolución por la vida, la libertad y la propiedad, pero no por el fin de la esclavitud o por el Estado del bienestar.

En un momento posterior, estas diferencias de valores constitucionales serán cruciales[56]. De momento, quiero ponerlas entre paréntesis para centrarme en las similitudes restantes: aunque muchos de los valores constitucionales de Publius son diferentes de los nuestros, todavía podemos extraer enseñanzas de su ansiedad ante la posibilidad de que las facciones pongan en peligro los principios que generaciones anteriores inscribieron en la norma de carácter superior tras un gran esfuerzo de espíritu cívico ¿Cómo utilizar, pues, la Constitución para evitar que las facciones subviertan la voluntad del Pueblo?

Más allá de las facciones

Aquí es donde interviene el famoso desafío del número 10 de *The Federalist* a Montesquieu. El gran científico de la política creía que las repúblicas han de ser pequeñas. Publius cree que han de ser grandes, porque el gobierno deliberativo y representativo e inspirado en el espíritu cívico se da con mayor probabilidad en las repúblicas grandes.

Por dos motivos. El primero es que los héroes revolucionarios y los hombres como ellos tendrán más probabilidades de ganar unas elecciones populares en las repúblicas grandes[57]. Dado que las asambleas deliberativas

---

[55] *The Federalist,* núm. 10 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 79.
[56] Véase capítulo 11, pp. 314-319.
[57] Puede encontrarse una interesante elaboración de este tema en Garry Wills, *Explaining America: The Federalist*, Garden City (NY), Doubleday & Co., 1981, pp. 177-264.

no pueden llegar a ser muy grandes, una república grande implica circunscripciones electorales grandes. Esto da a la gente como Publius una ventaja relativa. En las circunscripciones pequeñas, los tipos pertenecientes a facciones encontrarán más fácil mezclar el soborno, la amistad y las llamadas a los prejuicios e intereses locales para conseguir la victoria. En las circunscripciones grandes, los votantes estarán obligados a mirar más allá de su vecindad inmediata; su mirada «se posará más probablemente en hombres que posean los méritos más atractivos y los caracteres más establecidos y reputados»[58]. Si las cosas funcionan como espera Publius, el sistema de grandes circunscripciones actuará en el sentido de «refinar y ampliar los puntos de vista públicos pasándolos por el cedazo de un cuerpo elegido de ciudadanos cuya sabiduría podrá discernir mejor el verdadero interés de su país, y cuyo patriotismo y amor a la justicia hará que sea menos probable que lo sacrifique a unas consideraciones temporales o parciales»[59].

Publius no deja que sus esperanzas interfieran en la marcha de sus ideas. Es perfectamente consciente de que la magnitud es solo uno de los muchos factores que pueden afectar a la calidad de los representantes, de ahí la forma probabilística con que presenta su argumento: en las circunscripciones más grandes los votantes «se centrarán probablemente» en los patriotas mejores y más brillantes. La perspectiva resulta algo más esperanzadora si uno recuerda que «si una facción consiste en un grupo que no es mayoría, el problema se reduce gracias al principio republicano que permite a la mayoría derrotar sus funestos puntos de vista mediante el voto regular»[60].

De todos modos, Publius concede más peso a un segundo argumento en elogio del tamaño:

> Ampliemos la esfera y tendremos una mayor variedad de partidos e intereses; será menos probable que una mayoría del conjunto tenga un motivo común para invadir los derechos de otros ciudadanos; o si dicho motivo común existe, será más difícil que todos los que lo tengan descubran su propia fuerza y actúen de forma conjunta. Además de otros impedimentos, puede observarse que, allí donde existe la conciencia de un propósito deshonroso o injusto, la comunicación es siempre controlada por la desconfianza en proporción al número cuya concurrencia es necesaria[61].

Pasión contra interés, interés contra interés, pasión contra…, en un sinfín de combinaciones. Nótese que Publius *no* favorece los gobiernos grandes porque quiera que expresen el equilibrio inestable entre pasión e interés en

---

[58] *The Federalist,* núm. 10 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 83.
[59] *Ibid.*, p. 82.
[60] *Ibid.*, p. 80.
[61] *Ibid.*, p. 83.

el sistema de gobierno. Al contrario: la proliferación de facciones permitirá al arquitecto constitucional hacer un uso creativo de la vieja táctica del «divide y vencerás». Mientras que cada facción desea oprimir a los ciudadanos que están fuera de su particular órbita de intereses, diferentes facciones presionarán al gobierno en direcciones rivales y mutuamente incompatibles. Esto puede dar a los representantes electos un margen de maniobra para trascender a la facción, en vez de imitarla, siempre que el primer argumento de Publius sea válido y la magnitud haga que un número suficiente de candidatos de espíritu cívico lleguen al poder. En documentos posteriores, Publius también trata de mostrar cómo los diferentes puntos de vista institucionales de la Cámara, el Senado, la Presidencia y el Tribunal hacen que el todo deliberativo sea más reflexivo y cívico que cualquiera de sus partes en solitario[62].

Cuando las cosas vayan bien, por consiguiente, los estadounidenses no verán a sus representantes imitar el equilibrio de poder entre facciones rivales. En vez de mímesis, habrá semiosis. Pese a que las facciones pulularán por la periferia, el centro de la escena presentará una imagen de Nosotros, el Pueblo en acción: un grupo de representantes de espíritu cívico implicados en el tipo de deliberación que el propio pueblo puede alcanzar solo en aquellas raras circunstancias que «reprimen las pasiones».

Mecanismos de seguridad

Pero las cosas no siempre van bien y Publius es muy consciente de ello. Ni siquiera en su momento más triunfante puede suponer que la separación de poderes conseguirá inexorablemente el fin que se busca con ella:

> En la república ampliada de Estados Unidos, y entre la gran variedad de intereses, partidos y sectas que alberga, una coalición de la mayoría de la sociedad podría *raras veces* darse sobre unos principios que no fuesen los de la justicia y el bien general… [cursiva añadida][63].

Raras veces no es lo mismo que nunca. El ingenioso reparto de poderes legislativos entre la Cámara y el Senado, el Congreso y el Presidente, no es ninguna garantía de deliberación cívica ¿Es mejor, por consiguiente, diseñar mecanismos de seguridad en el interior del sistema? Incluso cuando las luchas de facciones van en aumento, la separación de poderes puede cumplir una función más modesta pero crucial. Al menos, cada rama del poder puede controlar los objetivos faccionales de las otras:

---

[62] *Ibid.* Véase *The Federalist*, núm. 52-82.
[63] *Ibid.*, *The Federalist*, núm. 51, p. 325 (J. Madison).

> La gran seguridad frente a una concentración gradual de varios poderes en el mismo departamento consiste en dar a aquellos que lo administran los motivos personales y los medios constitucionales necesarios para resistir incursiones externas. La provisión para la defensa, en este caso como en todos, tiene que ser conmensurada al peligro de ataque. Tiene que utilizarse la ambición para contrarrestar la ambición. El interés humano tiene que estar conectado con los derechos constitucionales del lugar. Puede que sea un reflejo de la naturaleza humana que tales dispositivos sean necesarios para controlar los abusos del gobierno. Pero ¿qué es el propio gobierno sino el mayor de todos los reflejos de la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles no sería necesario ningún gobierno. Si los ángeles gobernasen a los hombres, no sería necesario ningún control externo o interno del gobierno. A la hora de formar un gobierno administrado por hombres y que administre hombres, la gran dificultad es ésta: hay que permitir primero que el gobierno controle al gobernado y obligarle luego a controlarse a sí mismo. Una dependencia del pueblo es sin duda el control primario del gobierno; pero la experiencia ha enseñado a la humanidad la necesidad de tomar precauciones auxiliares[64].

No hay que leer demasiado al pie de la letra este gran y oscuro pasaje. Publius habla en serio cuando describe el papel controlador de la separación de poderes como «auxiliar». De hecho, este famoso pasaje se encuentra al final del argumento en el que Publius reconoce que «un camino constitucional al pueblo tiene que estar marcado, y mantenerse abierto, para determinadas grandes y extraordinarias ocasiones»[65]. Solo después de subrayar, por las razones que ya hemos sondeado[66], por qué no es posible esperar que «el pueblo» trascienda la actitud de una facción en condiciones *normales*, Publius introduce la idea de la separación de poderes como «precaución auxiliar». Por importantes que sean los controles, el sistema se basa en última instancia en la capacidad del Pueblo para autoorganizarse en momentos de crisis para una deliberación y una toma de decisiones movilizada.

---

[64] *Ibid.*, pp. 321-322.

[65] Este soberbio oscuro pasaje se encuentra al final del núm. 51 de *The Federalist*, que empieza negando que pueda tratarse como una unidad independiente. El núm. 52, a su vez, comienza poniendo entre paréntesis los cuatro documentos precedentes y considerándolos como una sola unidad conceptual: «Desde las investigaciones más generales llevadas a cabo en los cuatro últimos documentos, paso a un examen más particular de las diferentes partes del gobierno». *The Federalist*, núm. 52, p. 325 (J. Madison). Así, el pasaje del núm. 51 se relaciona explícitamente con el argumento elaborado en las pp. 181-182 supra, que empieza en el núm. 48 y continúa en el núm. 49 con un reconocimiento expreso de la necesidad de mantener abierta «una vía constitucional al pueblo», *The Federalist*, núm. 49, p. 314 (J. Madison): todas las referencias en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit.

[66] Véase pp. 219-220, supra.

La revisión judicial

¿Existe, sin embargo, una «precaución» final que pueda fortalecer las formas constitucionales en momentos de vulnerabilidad ante las facciones? ¿No podemos diseñar una institución que dé incentivos a sus titulares para intervenir al lado de la generación revolucionaria cuando los líderes de una facción ataquen los anteriores logros constitucionales del Pueblo?

Aquí es donde entran los jueces. Cuando Publius se ocupa del Tribunal Supremo hacia el final de la serie de *The Federalist Papers*, lo trata como lo que es: simplemente como otra implicación institucional de la teoría general de la política dualista desarrollada hasta aquí. Cuando los políticos de una facción traspasan los límites constitucionales, los jueces han de invalidar las leyes por ellos propuestas y exponerlos como lo que son: meros sustitutos «*del propio pueblo*». Solo el Pueblo puede cambiar la Constitución, y los jueces tienen que impedir que el Congreso lleve a cabo unilateralmente cambios básicos:

> Esta conclusión no supone en absoluto una superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo supone que el poder del pueblo es superior a ambos, y que allí donde la voluntad de la asamblea legislativa, declarada en sus leyes, se opone a lo que el pueblo ha declarado en la Constitución, los jueces han de guiarse por esta última y no por la primera[67].

El problema con este argumento es bastante obvio ¿Qué es lo que impide al Tribunal abusar de su poder para interpretar la Constitución? En vez de tratar de preservar los logros de la generación revolucionaria, ¿por qué no utilizan los magistrados su poder para promover uno u otro interés de una facción u otra?

El optimismo de Publius se basa en una evaluación realista de la posición del Tribunal: «[El judicial es], sin comparación, el más débil de los tres poderes»[68]. Sin un control sobre «la espada o la cartera», tiene que «depender de la ayuda del brazo ejecutivo incluso para la eficacia de sus juicios»[69]. Teniendo esto en cuenta, cree que es tonto suponer que los magistrados pondrán efectivamente en peligro «la libertad general del pueblo». El peligro es justo el contrario: pese al carácter vitalicio de su cargo, serán demasiado tímidos cuando un político dominante induzca de algún modo a nuestros llamados representantes a traicionar los mandatos constitucionales del Pueblo. Considerando este peligro, Publius nos invita a reflexionar de nuevo sobre los fundamentos dualistas de su empeño. Pese

---

[67] *The Federalist*, núm. 78 (A. Hamilton), C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., pp. 467-468.
[68] *Ibid.*, pp. 465-466.
[69] *Ibid.*, p. 465.

a la fama que tiene el tratamiento que hace Publius de la revisión judicial, este pasaje es raramente tratado con la atención que merece:

> Esta independencia de los jueces es igualmente un requisito para proteger la Constitución y los derechos de los individuos de los efectos de aquellas malas predisposiciones que las artes de dirigir a los hombres, o la influencia de coyunturas particulares, a veces, difunden entre el pueblo y que, aunque rápidamente den paso a una mejor información y a una reflexión más razonada, tienen tendencia entretanto a provocar innovaciones peligrosas en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario en la comunidad. Aunque confío en que los amigos de la propuesta Constitución nunca estarán de acuerdo con sus enemigos en cuestionar este principio fundamental del gobierno republicano que reconoce el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida si la consideran inconsistente con su felicidad, no debe inferirse de este principio; sin embargo, que los representantes del pueblo, de producirse una momentánea inclinación a mantener a la mayoría de sus representados en una forma incompatible con las disposiciones de la Constitución existente, tengan por ello una justificación para infringirlas; o que los tribunales tengan una obligación mayor de actuar en connivencia con dichas infracciones que cuando estas hubieran procedido totalmente del conciliábulo del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo, mediante un acto solemne y de autoridad, no anule o cambie la forma establecida, esta es vinculante para los representantes colectiva e individualmente; y ninguna presunción, o incluso conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede garantizar que estos se aparten de ella antes de que se produzca dicho acto. Sin embargo, es fácil ver que se necesitaría una dosis poco común de fortaleza en los jueces para cumplir con su deber como fieles guardianes de la Constitución si las invasiones legislativas de la misma hubiesen sido instigadas por la voz mayor de la comunidad[70].

Este pasaje nos proporciona un magnífico resumen de todos los temas que hemos tratado. La interpretación dualista del Pueblo que hace Publius, su concepto semiótico de representación y su complejo análisis de la facción interactúan produciendo un punto de vista característico de las responsabilidades del Tribunal. Así, estos textos parecerán completamente antidemocráticos a quienes no sepan reconocer que, para Publius, el Pueblo solo se reúne raramente en determinadas circunstancias que «reprimen las pasiones»[71]. Dado que estos demócratas monistas[72] son incapaces de hacer juicios cualitativos acerca de la formación de la voluntad popular, interpretarán la concesión que hace Publius según la cual «las invasiones legislativas

---

[70] *Ibid.*, pp. 469-470 (la nota a pie de página de Publius se ha omitido).

[71] La interpretación más influyente de *The Federalist* que comete este error es la de R. Dahl en *Preface to Democratic Theory*, cit., cap. 1, y especialmente nota 23.

[72] Véase cap. 1, pp. 25-29, supra, para una discusión del monismo.

[…] han sido instigadas por la voz principal de la comunidad» como fatal para el ejercicio democrático de la revisión judicial.

En cambio, hemos visto que Publius hace hincapié en el hecho de que la Constitución trata de representar a un Pueblo que normalmente no existe, un Pueblo a la vez movilizado y capaz de proceder a una deliberación serena. Dada esta interpretación semiótica, no es antidemocrático reconocer que los representantes electos *no* representan al Pueblo cuando producen estos «malos humores» que, «aunque rápidamente den paso a una mejor información y a una reflexión más razonada, tienen tendencia entretanto a provocar innovaciones peligrosas en el gobierno y graves opresiones del partido minoritario en la comunidad».

Es más, el análisis que hace Publius de la facción en el núm. 10 de *The Federalist* proporciona la ciencia política necesaria para sustentar la creencia de que determinados «malas predisposiciones» serán efectivamente temporales. Recuérdese que, además de las facciones «duraderas» basadas en el interés económico, el núm. 10 sugiere que las facciones basadas en las «pasiones» (las que he llamado carismáticas o ideológicas) tendrán a menudo poca resistencia. De ahí que la llamada que hace Publius al Tribunal para que resista «aquellas malas predisposiciones [de] las artes de dirigir a los hombres, o la influencia de coyunturas particulares», difícilmente pueda considerarse como una muestra de reflexión *ad hoc*. Publius ya ha proporcionado motivos para creer que, si se le da a la gente la oportunidad de reflexionar, algunas coaliciones de las facciones no obtendrían apoyo popular.

Pero pese a todo ello, Publius no tiene ninguna tendencia a negar que habrá momentos en que el Pueblo podrá y deberá pasar a actuar. Por el contrario, el quid de *The Federalist Papers* es establecer que ese momento es AHORA. Así, el mismo texto que hace hincapié en la necesidad de pensar con seriedad también se burla de los anti Federalistas por «cuestionar el principio fundamental […] que reconoce el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida si la considera inconsistente con su felicidad». Con esta observación, Publius se inspira en unos fundamentos más firmes desarrollados previamente. Recuérdese su reivindicación explícita de la autoridad de la Convención para violar «la constitución establecida» utilizando una táctica evasiva para evitar las asambleas legislativas existentes y proponer la ratificación por nueve de las trece convenciones estatales. En vez de negar la posibilidad de la soberanía popular, insiste orgullosamente en que los Federalistas se han *ganado* la autoridad para llamar al Pueblo a actuar decisivamente en convención para salvaguardar sus grandes logros revolucionarios antes de que estos se vean debilitados por las pasiones y los intereses de la política ordinaria.

Aunque Publius acabe teniendo éxito, el pasaje subraya una vez más que los Federalistas no han dicho aún la última palabra en nombre del Pueblo. Especulando acerca del futuro de la política constitucional, el consejo que da Publius a los jueces es cauteloso: que se muestren escépticos cuando los «representantes» afirmen saber que el Pueblo respalda sus proyectos de transformación constitucional; que continúen resistiendo «hasta que el pueblo haya anulado o cambiado la forma establecida mediante un acto solemne y fidedigno».

«Solemne y fidedigno». Nótese la ausencia de una palabra muy importante: legal. Publius no dice que los jueces han de resistir mientras el movimiento transformador no satisfaga todas las *normas legales* para la enmienda constitucional contenidas en su nueva Constitución. Deja abierta la relación entre estas nuevas normas y el tipo de acción «solemne y fidedigna» que ha de convencer a los jueces. Esta no insistencia en una legalidad estricta tiene sentido, por supuesto, teniendo en cuenta las francas confesiones del propio Publius de que considera ilegales las acciones de la Convención de Filadelfia[73].

Encontraremos muchos motivos para recordar el silencio de Publius al respecto cuando investiguemos los grandes logros constitucionales de posteriores generaciones de estadounidenses. Tanto durante la Reconstrucción como durante el *New Deal*, el Tribunal reconoció que el Pueblo había hablado aunque sus líderes políticos se negaran a seguir las legalidades técnicas que regulaban el proceso de enmienda constitucional[74]. Legalidades aparte, Publius expresa una preocupación más profunda. Duda de que los jueces sean lo bastante firmes para oponerse a los líderes de las facciones que piden un cambio constitucional en ausencia de un respaldo profundo y reflexivo del Pueblo. En vez de esperar acciones «solemnes y fidedignas» que constituyan la prueba de un respaldo popular reflexivo, los jueces pueden ceder demasiado rápidamente: «Es fácil ver que se requeriría una dosis poco común de fortaleza […]». Solo el tiempo dirá si las ansiedades de Publius estaban justificadas.

Algunas cuestiones a modo de conclusión

Hemos cerrado el círculo: desde la descripción de Publius del carácter especial del ejercicio de política constitucional de su generación, hasta su intento de dar forma al futuro de la política ordinaria mediante la ciencia constitucional, pasando por su consejo al Tribunal sobre futuros intentos de movilizar al Pueblo para realizar actos fidedignos de creación constitucional. Ahora que

---

73 Véase pp. 205-206, supra.

74 Véase cap. 2, supra, y el siguiente volumen, *Transformations*.

hemos vislumbrado el curso de un ciclo vital publiano, unas cuantas preguntas pueden ayudarnos a preparar el camino a futuras exploraciones.

La cuestión causal

Empecemos con Publius como profeta. Aunque *The Federalist* está plagado de predicciones que han sido refutadas por la historia, la lúgubre teoría de Publius de las transformaciones constitucionales no es una de ellas. Las dos más dramáticas de nuestra historia han tenido lugar de hecho «en medio de un peligro» que produjo una «alarma general». Los Republicanos de la Reconstrucción consiguieron la autoridad constitucional para romper con el pasado federalista solo después de una guerra que fue un sacrificio sin paralelo; los Demócratas del *New Deal* ganaron una autoridad comparable solo después de un desastre económico de una intensidad y duración sin precedentes. Al menos en lo que atañe al cambio de régimen, hay algo pertinente en la posición de Publius: las crisis sociales desgarradoras han sido decisivas a la hora de dirigir a las masas estadounidenses a respaldar los intentos de ir más allá de la política ordinaria y articular nuevos principios de identidad constitucional.

Si nos centramos en los movimientos constitucionales que han tenido un impacto importante pero en cierto modo menos radical en los valores y estructuras constitucionales, la historia causal es más rica. El movimiento en pro de los derechos civiles de la República Moderna; el movimiento por el sufragio femenino de la República Media; las «revoluciones» jeffersoniana y jacksoniana de la República Temprana, todos ellos son ejemplos importantes de política constitucional exitosa. Ninguno de ellos fue provocado por una crisis equiparable a la Guerra Civil o a la Gran Depresión. Probablemente hemos de ir más allá de la teoría de la «crisis» de Publius para alcanzar una interpretación adecuada de las causas de la política constitucional estadounidense.

La cuestión de la traducción

Han sido muchos desde Publius los que han observado que la vida política moderna se caracteriza por unos estallidos de implicación popular. Publius es particular, sin embargo, por la forma en que su respuesta elude dicotomías familiares. Por un lado, no es un conservador de la línea dura. Niega que estas intermitentes inyecciones de energía de masas necesiten alimentar una política de pesadilla en la que unas elites demagógicas compitan cínicamente para encauzar la irracionalidad de las masas a favor de sus objetivos malignos y egoístas. Considera estos episodios de compromiso revolucionario como momentos de un gran logro constitucional: nuestra norma de carácter superior.

Por otro lado, Publius tampoco es un partidario visceral de la turba. Su teoría de la facción hace hincapié en la posibilidad de la irracionalidad de las masas cuando la gente se deja llevar por el carisma o por la ideología, o por las dos cosas, para perjudicar seriamente a la comunidad en su conjunto o a los derechos de una minoría. En vez de glorificar la incertidumbre y el entusiasmo del momento revolucionario como un fin en sí mismo, Publius los enfoca como un racionalista: «Es la razón, solamente, de la gente, lo que debería controlar y regular al gobierno. Las pasiones deberían ser controladas y reguladas por el gobierno»[75].

Este compromiso conjunto con la razón y con la movilización popular[76] lleva a Publius a subrayar el papel de las instituciones a la hora de separar al demagogo del hombre de Estado, al populacho del Pueblo. Le vimos exhortando al Tribunal Supremo a resistir los ataques iniciales a los principios constitucionales recibidos para dar tiempo al Pueblo con objeto de recopilar ideas y energías para el acto «solemne y fidedigno» apropiado para proceder a un cambio meditado de los fundamentos constitucionales. De un modo más general, insiste en que «el pueblo debe contar con un camino constitucional trazado y este ha de mantenerse abierto para determinadas ocasiones grandes y extraordinarias»[77]. Es este camino, y lo que ha sido y puede llegar a ser de él, lo que será un tema de preocupación perdurable aquí: ¿cómo organizar un proceso de razonamiento público entre las masas de estadounidenses y sus representantes políticos capaz de identificar aquellas ocasiones en que un movimiento se ha *ganado* la autoridad para hablar con la voz de la producción normativa de carácter superior en nombre de Nosotros, el Pueblo?

Llamemos a esto la *cuestión de la traducción*, ya que se pregunta por las circunstancias adecuadas bajo las que las instituciones estadounidenses han traducido y deben traducir la retórica vehemente de la política constitucional en los juicios ponderados de la norma constitucional ¿A qué tipo de pruebas institucionales han de someter los estadounidenses a un movimiento político antes de concederle la autoridad de la producción normativa de carácter superior? ¿Por qué deben de tener los logros de la política constitucional un lugar especial en nuestro sistema político?

Abordaré una por una todas estas cuestiones en los próximos capítulos[78].

---

[75] *The Federalist,* núm. 49, (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 317.

[76] Véase Paul Kahn, «Community in Contemporary Constitutional Theory», *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989.

[77] *The Federalist,* núm. 49, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 314.

[78] Véase caps. 10 y 11 respectivamente.

Deliberación y conservación

Pero es importante recordar que hay otra faceta en la historia neofederalista: la de la política ordinaria. En su aproximación a este tema, Publius se muestra sin reparos como un partidario de las deliberaciones de espíritu cívico. Del mismo modo que en el ámbito de la política constitucional confía en combinar la energía de las masas con la deliberación razonada, también se plantea el objetivo de promover un espíritu deliberativo en el entorno más propenso a las facciones de la política ordinaria. Tomando prestada la afortunda fórmula de Cass Sunstein[79], el objetivo máximo aquí tendría que ser la *democracia deliberativa*: tratar de diseñar un sistema que promueva la elección de «estadistas ilustrados» y que al mismo tiempo les ofrezca incentivos para gobernar de acuerdo con su consciente definición del interés público.

De todos modos, Publius se muestra lógicamente cauteloso en sus expectativas. Tiene un objetivo mínimo que queda muy lejos de su objetivo máximo. Aquí, el objetivo es conservacionista: «No siempre estarán al timón los estadistas ilustrados»[80]; hagamos que las facciones lo tengan difícil para socavar las soluciones constitucionales ya alcanzadas en nombre del Pueblo. ¿Con qué grado de éxito ha cumplido la Constitución estos objetivos (tanto los máximos como los mínimos) durante dos siglos de transformación?

También esta es una pregunta que merece un capítulo propio[81].

La economía de la virtud

Considérese, finalmente, el tema que une los diversos aspectos de la empresa publiana tal y como hemos llegado a interpretarla. En respuesta a la percepción de que la deliberación pública es escasa, *The Federalist* propone una constitución democrática *que trate de economizar la virtud*.

El primer gran ahorro se obtiene, por supuesto, con la distinción entre la política constitucional y la política ordinaria. El segundo, con un esquema de representación que ofrece a cada cargo popularmente elegido incentivos para que se implique en una deliberación de espíritu cívico pese a la proliferación de facciones. El tercero trata de proporcionar mecanismos de seguridad para alentar a cada representante a cuestionar la afirmación de los otros de hablar en nombre del Pueblo durante la política regular. El cuarto ahorro establece la revisión judicial para mantener la integridad de anteriores juicios constitucionales contra las fuerzas de las facciones centrífugas.

---

[79] Cass Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», *Stanford Law Review*, vol. 38, 1985, pp. 29, 45.
[80] *The Federalist,* núm. 10, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 80.
[81] Véase cap. 9.

Al proponer un ahorro de virtud constitucional, Publius no adopta un simple punto de vista hobbesiano de la condición humana. Toda su empresa supone una psicología dualista:

> La suposición de la existencia de una venalidad universal en la naturaleza humana es un error de razonamiento político poco menos grave que la suposición de la existencia de una rectitud universal. La institución de la delegación del poder implica que hay una parte de virtud y de honor en la humanidad, que puede ser un fundamento razonable de la confianza[82].

La tarea consiste en ahorrar virtud, no en prescindir totalmente de ella, para crear una estructura constitucional que permita a los estadounidenses, tanto durante los momentos normales como durante los extraordinarios, sacar el máximo partido del espíritu cívico que poseemos. Nuestro éxito al proseguir la conversación iniciada por Publius ha de medirse en última instancia por nuestro éxito al perseguir este objetivo en unas circunstancias históricas muy diferentes ¿Son tan diferentes, sin embargo, como para que la empresa haya perdido su significado?

---

[82] *The Federalist,* núm. 76, (A. Hamilton), p. 458.

8
LA REVOLUCIÓN PERDIDA

El escepticismo del siglo XX

La Fundación estuvo acompañada de un diálogo nacional inmenso; en panfletos y periódicos, en cartas y diarios los estadounidenses se esforzaron expresando sus esperanzas y temores acerca del autogobierno. Dos siglos más tarde, solo *The Federalist* sigue en circulación. Si lograse lo que me propongo, ¿no entraría en la librería más cercana, amigo lector, a recoger un ejemplar de bolsillo de esta publicación? ¿No cree que ha llegado el momento de contactar con la Fundación de primera mano? Naturalmente, *The Federalist* es solo una entre muchas de estas colecciones, aunque también es seguramente la más completa y profunda. Dada la riqueza de materiales históricos que contiene, lo que corresponde es una vida entera de lectura y reflexión intensivas[1].

Esto planteará un problema a muchos estadounidenses. Si bien es posible que deseen considerar detenidamente su relación con el pasado, el presente y el futuro constitucional, tendrán también otros muchos proyectos, tanto prácticos como intelectuales. Les faltará simplemente tiempo, energía o interés para convertirse en historiadores profesionales del siglo XVIII. Querrán ser ciudadanos informados, no profesores. Tal vez no sea excesivo pedir a estas personas que dediquen unas cuantas tardes a *The Federalist* y que comprueben si sirve de introducción profunda a la democracia dualista. Pero sí lo es pedirles que dediquen sus vidas a una lectura intensiva de otros muchos textos valiosos de la Fundación.

Le sugiero un camino diferente, uno que le invita a profundizar su conocimiento del siglo XVIII dando un rodeo por el siglo XX. Los historiadores modernos han hecho contribuciones inmensas a nuestro conocimiento de la Fundación, generando ideas que podrían escapársele al más heroico autodidacta. Propongo, pues, profundizar nuestro encuentro

---

[1] Para una guía útil a posteriores lecturas, véase la compilación en cinco volúmenes de Philip Kurland y Ralph Lerner (eds.), *The Founder's Constitution*, Chicago, Chicago University Press, 1987.

inicial con el pensamiento federalista centrándome en las imágenes de la Fundación aportadas por los estudiosos actuales. ¿En qué medida respaldan la interpretación dualista? ¿En qué medida la cuestionan?

La respuesta a estas preguntas nos exige reflexionar sobre una de las palabras más escurridizas del vocabulario político moderno: la palabra «revolución». He presentado a Publius como un revolucionario triunfante que daba una respuesta característicamente dualista a una cuestión fundamental: ¿cómo reconstruir el orden político después de destruir el antiguo régimen? Pero buena parte de los estudiosos modernos parten de una premisa muy diferente. Tratan a Publius como a un enemigo de la Revolución Americana, no como a un amigo. Por ello espero que algunos de estos estudiosos traten mi interpretación dualista con escepticismo: ¿acaso no es ingenuo tomar a Publius al pie de la letra cuando proclama tan alto y tan fuerte su fervor revolucionario? ¿No está Publius enterrando la Revolución en vez de ensalzarla?

Esta predecible respuesta, sugiero yo, tiene menos que ver con «los hechos» de lo que podría suponerse. Los estudiosos que califican a Publius de contrarrevolucionario lo hacen básicamente porque tienen un concepto muy distinto de lo que es una revolución, no porque tengan una idea diferente de «los hechos». En defensa de mi argumentación, yo distingo dos conceptos de revolución que presentan dos imágenes en conflicto de la Fundación. Una vez que hayamos clarificado la confusión conceptual, veremos que buena parte de los estudiosos modernos respaldan de hecho la interpretación dualista.

Antes de proceder a la argumentación conceptual, puede resultar esclarecedor presentar el contexto histórico de sus orígenes. Al fin y al cabo, durante el siglo XIX, los estadounidenses no tenían ningún problema en reconocer a Publius como a un revolucionario triunfante. De hecho, contrastaban constantemente el éxito de su propia revolución con el lamentable fracaso de los europeos que no conseguían deshacerse decisivamente de sus consolidados despotismos[2]. Si bien esta orgía de autocongratulación estaba aderezada con una desagradable dosis de alegría por el mal ajeno, mantuvo el carácter revolucionario de la Fundación estadounidense en primer plano de la mente pública. Solo en el siglo XX empezó a imponerse la imagen de un Publius contrarrevolucionario.

La segunda década del siglo fue testigo de un viraje decisivo. Fue la década del libro de Charles Beard *The Economic Interpretation of Constitution*[3]. Según su punto de vista, las reuniones secretas de los Padres de la Constituciones y los procedimientos ilegales no fueron sino la cara exterior de una dura verdad:

---

[2] Véanse, por ejemplo, los materiales examinados por David Davis, *Revolutions: Reflections on American Equality and Foreign Liberation*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1990, cap. 3.

[3] Ch. A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, cit. La obra de Beard llevó a una audiencia más amplia un punto de vista que ya era bastante familiar en círculos académicos, especialmente a través de la obra de J. Allen Smith, *The Spirit of American Government*, Nueva York, The Macmillan Company, 1907.

nuestra Constitución era un documento contrarrevolucionario arteramente impuesto a las masas por una elite adinerada. Su obra trataba de ir más allá de la retórica de los Fundadores para dejar al descubierto los intereses de clase conflictivos que había detrás de la misma. Las exploraciones iniciales de Beard inspiraron a toda una generación de historiadores progresistas, que trataron de establecer que la mascarada de los Padres de la Constitución en nombre del «Pueblo» no era más que una broma de mal gusto. Para ellos, la pregunta realmente interesante era por qué los Federalistas habían tenido mucho más éxito como contrarrevolucionarios que sus desventurados homólogos de París o Moscú.

Pero el libro de Beard no fue ni mucho menos lo único que espoleó una reconsideración de esta cuestión durante la segunda década del siglo. La Primera Guerra Mundial y la Revolución Rusa redefinieron el problema del autoconocimiento nacional. El éxito aplastante de los comunistas reforzó la angustiosa reconsideración que ya se estaba dando en círculos intelectuales: si los bolcheviques tenían derecho a calificarse de «auténticos» revolucionarios ¿no *serían* los Padres Fundadores los contrarrevolucionarios que los historiadores decían que eran?

Esta cuestión resonó de un modo cada vez más profundo a medida que fueron pasando las décadas. Después de que la Segunda Guerra Mundial catapultase a los Estados Unidos al centro de la escena mundial, el triunfo de los comunistas chinos puso de manifiesto hasta qué punto las fuerzas de la revolución se habían alejado de los primeros días de la República estadounidense. El simbolismo público de la época representaba a Estados Unidos como la principal potencia contrarrevolucionaria, comprometida en un combate épico con una insurgencia marxista internacional que amenazaba con destruir el Occidente liberal.

Pese a ello, a un nivel más profundo de nuestra tradición existe una imagen más positiva del éxito revolucionario. Aunque no tengo ninguna bola de cristal, parece que ha llegado el momento de reafirmar esta imagen, empezando por la Fundación. La escena intelectual ha cambiado mucho, ciertamente, desde la época en que los historiadores progresistas esperaban tercamente que el análisis de los datos económicos pusiese de manifiesto que la lucha por la Constitución había enfrentado sistemáticamente a las masas con las clases. En la década de 1950, la mayoría de historiadores estaban convencidos de que un examen de los datos estado por estado no respaldaría una explicación tan simplista[4]. Durante la década de 1960, la línea principal

[4] Véase Robert Brown, *Charles Beard and the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 1956, y Forrest McDonald, *We the People*, Chicago, Chicago University Press, 1958. Para un brillante análisis de esta crítica, véase R. Hofstadter, *The Progressive Historians: Turner, Beard, Parrington*, cit., pp. 167-348. Para un reciente trabajo econométrico que pone en duda el juicio sabiduría histórica actual que rechaza las afirmaciones empíricas de Beard, véase Robert

de investigación histórica empezó a abordar las ideas y debates del periodo de la Fundación con una seriedad muy poco beardiana[5].

Mientras los historiadores estadounidenses estaban reconsiderando los métodos y metáforas beardianos, se produjo un cambio mucho más amplio en la dirección del pensamiento político en todo Occidente. El fantasma de la revolución marxista mundial se había simplemente desintegrado. En la década de 1990 es difícil encontrar intelectuales que crean seriamente que la revolución comunista sea, o tenga que ser, la ola del futuro, incluso en lugares como América Latina, donde el marxismo ha proporcionado durante mucho tiempo a las clases intelectuales su principal instrumento de análisis. Por primera vez desde 1848, es el Occidente liberal el que espera con mucha expectación las noticias revolucionarias procedentes de Praga o de Varsovia ¿Serán Moscú o Pekín los siguientes? ¿Sudáfrica o Cuba? El fantasma de la revolución recorre, una vez más, Europa y el mundo, pero parece estar más cerca del espíritu liberal de Filadelfia de lo que los estadounidenses habían esperado durante la Guerra Fría.

Es todavía muy pronto para decir qué pasará. Pero como mínimo debería ser suficiente para hacer una crítica rigurosa de la imagen de Publius como el contrarrevolucionario que nos presenta Beard.

Dos conceptos de revolución

Vamos a tratar de separar dos ideas diferentes de revolución que se entremezclan en el uso moderno. La primera considera a la revolución como un fenómeno social. En la interpretación marxista familiar, la cuestión fundamental es lo que ocurre con la estructura de clases: solo cuando una nueva clase toma el control de los medios de producción, se dice que ha tenido lugar una «auténtica» revolución; en caso contrario, habrá habido mucho ruido pero pocas nueces. Este punto de vista marxista ha sido enormemente influyente; el propio beardianismo puede verse como una variante cuasi autóctona del mismo. De todos modos, el marxismo no tiene el

A. McGuire y Robert L. Ohsfeldt, «Economic Interests and the American Constitution: A Quantitative Rehabilitation of Charles A. Beard», *Journal of Economic History*, vol. 44, 1984, p. 509. Dado que yo estoy muy interesado en recuperar el significado político de la Revolución Americana, no creo que nada importante gire en torno a la precisa mezcla de intereses económicos en juego durante la lucha por la ratificación.

[5] Estoy pintando un cuadro a trazos gruesos. Hubo estudiosos que resistieron la marea progresista incluso en su momento culminante. Especialmente Douglass Adair hizo contribuciones duraderas ya desde comienzos de la década de 1940. Véase Robert Shalhope, «Douglass Adair and the Historiography of Republicanism», en Trevor Colborne (ed.), *Fame and the Founding Fathers: Essays by Douglass Adair*, Indianapolis, Liberty Fund, 1974, p. xxv. Más adelante, en este mismo capítulo, sugeriré que incluso la visión de Adair estaba excesivamente influida por la ortodoxia beardiana dominante. Véanse las pp. 223-224 supra.

monopolio de la interpretación social. Es posible negarse a hacer hincapié en los medios de producción y sin embargo insistir en que el carácter revolucionario de una transformación sea medido por otros indicadores sociales: el ejercicio del poder dentro de la familia, entre razas, etc. Cuando la Fundación es vista desde estos puntos de vista, las dudas escépticas sobre su carácter revolucionario son muy abundantes. En muchos sentidos, los Federalistas de la Fundación estaban librando una batalla de retaguardia contra las fuerzas sociales que dominarían la vida en el siglo XIX[6].

Las cosas tienen otro aspecto si la clave de la revolución es la conciencia política de los participantes en ella implicados. Según esta interpretación política, la cuestión crucial es en qué medida una revolución inspira a gran número de personas para invertir sus energías e identidades en el proceso colectivo de redefinición política. Si la gente considera la política revolucionaria como algo marginal, incidental a los asuntos importantes de la vida, no está teniendo lugar ninguna «auténtica» revolución. Si gran número de personas llegan a tomarse la política revolucionaria con mucha seriedad, esta transformación en la conciencia política constituye una realidad específicamente revolucionaria, independientemente del éxito del sistema político en transformar una u otra relación social.

Si Marx proporciona el arquetipo de la interpretación social, Hannah Arendt es el principal portavoz moderno del punto de vista político. Arendt no valora la revolución por sus consecuencias sociales, sino por su impacto transformador en la conciencia política moderna. Como veremos, sería peligroso tratar a Arendt, lo mismo que a Marx, como la última palabra en estos asuntos. Sin embargo, su libro *Sobre la Revolución*[7] es una obra genuinamente profunda, que sitúa a la Fundación estadounidense en el marco de una interpretación política, en vez de social, de la revolución. Dado que es necesario corregir el desequilibrio entre las dos interpretaciones, la obra de Arendt proporciona el punto de partida más obvio para hacerlo.

Arendt y más allá

El Occidente moderno, sugiere Arendt, ha sido bastante poco original en su vocabulario político básico: buena parte de lo que decimos acerca de la democracia, el gobierno representativo y la libertad individual se remonta a miles de años atrás. Pero no cuando hablamos de revolución. La afirmación de que todo un pueblo pueda, de forma verosímil, romper con su pasado y

---

[6] Para un excelente desarrollo de este tema, véase Robert Wiebe, *The Opening of American Society*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1984.

[7] Hannah Arendt, *On Revolution*, Nueva York, The Viking Press, 1963 [ed. cast.: *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2006].

construir una nueva identidad política por sí mismo es algo genuinamente nuevo, aunque, por supuesto, no se podría haber construido sin la existencia de unos materiales culturales preexistentes. Para poner un ejemplo próximo, el Occidente cristiano se creía ya capaz de llevar a cabo una ruptura fundamental con su pasado mediante la fe en Cristo. La venida del Salvador fue un acontecimiento extraordinario que rompió la historia en dos, permitiendo a los cristianos creer que su autocomprensión era, en principio, superior a la de los paganos y a la de los judíos que vivieron antes de la gran división. Hay una diferencia obvia, sin embargo, en el mecanismo por medio del cual los revolucionarios americanos y franceses rompieron con su pasado. La mano de Dios ya no definía los términos del nuevo comienzo. Eran unos seres humanos normales y corrientes los que ahora reclamaban la autoridad para definir, debatir y transformar la tradición política recibida.

Esta afirmación revolucionaria daba un nuevo sentido a la dignidad especial de la vida política. La política revolucionaria se presentaba a sí misma como un dominio especial de acción dotada de sentido, cuya importancia no podía expresarse en términos no políticos, ya fuesen religiosos, económicos o psicológicos. Como cualquier otro ideal, esta promesa revolucionaria de un «nuevo comienzo» podía tergiversarse o degradarse de innumerables maneras. El elemento esencial, para Arendt al menos, era la forma en que proporcionaba a los occidentales modernos un nuevo lenguaje de ciudadanía comprometida. Después de un milenio en el que el significado de la vida política había estado subordinado a la fe cristiana, el revolucionario moderno podía una vez más afirmar un sentido, al estilo griego, del valor independiente de la política: la alegría y la dignidad intrínsecas de implicar a sus conciudadanos en el intento de definir y alcanzar el bien político.

Al estilo griego, pero no igual que los griegos. Aunque los clásicos no ahorraban elogios a la ciudadanía, no creían que los momentos de transformación política sacasen a la luz lo mejor del animal político. Aún menos clásica es la creencia del revolucionario moderno de que una nación puede crear algo valioso intentando llevar a cabo una ruptura radical con su pasado. Para los filósofos griegos, los mejores sistemas de gobierno debían sus comienzos a unos fundadores míticos dotados con una inteligencia y un autocontrol semidivinos; si uno tenía la suerte de vivir en un sistema de gobierno que había sido agraciado con un Licurgo o un Solón, era una insensatez unirse a un puñado de ciudadanos posteriores en un intento de transformar la herencia recibida. Los griegos estaban, por supuesto, familiarizados con los cambios drásticos de régimen pero asociaban dichos cambios con la decadencia política, no con la renovación y la creación.

Es aquí donde las primeras revoluciones modernas en Estados Unidos y en Francia abren una nueva senda. La dignidad especial de la vida política, la

promesa especial de la ciudadanía, residía en un acto revolucionario de redefinición colectiva: la construcción de un *novus ordo seclorum*. Esta profética interpretación es evidente desde el primer párrafo de *The Federalist Papers*:

> Parece haber sido reservado al pueblo de este país, por su conducta ejemplar, poder decidir la importante cuestión de si las sociedades humanas son realmente capaces o no de establecer un buen gobierno mediante la reflexión y la elección, o si estarán por siempre destinadas a depender de la fuerza o el azar en sus constituciones políticas [...]. La crisis a la que hemos llegado puede considerarse con propiedad como la era en la que hay que tomar esta decisión; y una elección equivocada del papel que hemos de desempeñar puede, en este sentido, merecer ser considerada como un gran infortunio para la humanidad[8].

Esta reafirmación de la dignidad de la acción política marcó a la Fundación estadounidense, a ojos de Arendt, como el acto revolucionario más exitoso de la era moderna. Tras una generación de agitación en contra de las pretensiones de la Corona, los norteamericanos habían hecho algo más que ganar la primera guerra de guerrillas de la historia moderna. Habían entrado, una y otra vez, en el foro público para debatir la naturaleza de su «nuevo comienzo» y habían descubierto que, en realidad, les encantaba esta entrada en la vida pública, este gran *agon* de autodefinición colectiva que era la política revolucionaria. Con la Constitución propusieron dotar de una estructura consciente al gran escenario público que ellos mismos habían construido. Habiendo aprendido a hablar en nombre de Nosotros, el Pueblo, la generación de la Fundación proporcionaría a sus sucesores una serie de espacios públicos dentro de los cuales también ellos pudiesen aprender a amar la pugna continuada por el bien común.

Ahora bien, Arendt encuentra muchas cosas dignas de crítica en los detalles del diseño constitucional de los Fundadores. Más importante para nosotros es su discrepancia básica con Beard. Los beardianos son escépticos respecto a la Fundación porque abrazan la interpretación social de la palabra revolución y porque sospechan de los objetivos y del origen de clase de los Federalistas. Para Arendt, el verdadero espíritu de la revolución no tiene nada que ver con los resultados sociales, pero sí con el redescubrimiento del valor de la ciudadanía. En el marco de esta interpretación política, la afirmación de un grupo que diga hablar en nombre «del Pueblo» no puede ser impugnada por una consideración de sus orígenes sociales o de su programa. El punto más importante es saber si los Fundadores movilizaron con éxito a los habitantes de la costa oriental para que rompieran con su pasado colonial y ganaran una nueva comprensión de sí mismos

[8] *The Federalist*, núm. 1 (A. Hamilton), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 33

como *ciudadanos estadounidenses*, orgullosos de su nuevo comienzo revolucionario y determinados a hacer posible que su posteridad disfrutase de este sentido recién descubierto de significado político. Según esta interpretación, el impulso revolucionario no es concebido como antagónico a la construcción del orden constitucional: *una Constitución es la culminación natural de una revolución triunfante*.

Para expresar este punto conceptualmente, Arendt cuestiona la forma en que Beard y sus seguidores definen sus términos políticos clave, y por consiguiente la forma en que los relacionan entre sí. El «Pueblo», para Arendt, no es un nombre para los aproximadamente tres millones de bípedos implumes que habitaban la Costa Atlántica en 1787. El Pueblo eran aquellos excolonos que se habían movilizado políticamente para establecer por ellos mismos un nuevo mundo de significado político y quienes no habían querido o sabido unirse a este trabajo revolucionario de autodefinición comunitaria eran, en el mejor de los casos, habitantes de Estados Unidos, no auténticos ciudadanos.

El beardiano entiende «el Pueblo» de una manera muy diferente y se lo representa como la turba de París pidiendo pan y no como la asamblea constitucional deliberando sobre el bien común. Una vez reconocido este cambio de paradigma, resulta fácil impugnar una constitución como contrarrevolucionaria aunque esté profundamente arraigada en procesos por los cuales los ciudadanos llegan a entenderse a sí mismos como ciudadanos. En la medida en que una constitución no satisface los intereses sociales del «Pueblo» (que ahora significa la masa de la población) está condenada a ser contrarrevolucionaria.

Naturalmente, para poder utilizar este criterio social, el crítico beardiano tiene que definir cuáles son los «verdaderos intereses» de las masas. En su núcleo esencial, sin embargo, la protesta de Arendt no implica la variedad de peliagudos problemas que comporta este esfuerzo de definir estos «verdaderos intereses». Es el cambio mismo de una interpretación política a una interpretación social de la revolución lo que constituye el quid de su crítica.

Esta protesta, a su vez, motiva su intento de aflojar la presión que la Revolución Francesa ha ejercido sobre la imaginación política moderna: «La triste verdad es que la Revolución Francesa, que acabó en un desastre, se ha convertido en un episodio de la historia mundial, mientras que la Revolución Americana, que fue un éxito, ha quedado como un acontecimiento de una importancia apenas local»[9]. Si las revoluciones «reales» se modelan a partir de la Revolución Francesa, no pueden terminar (por

[9] H. Arendt, *On Revolution*, cit., p. 56.

razones históricas obvias) con la construcción triunfante de un orden político por parte de la generación revolucionaria. En cambio, el guion revolucionario «real» sigue una línea muy diferente: la de la tragedia, no la del triunfo, al tiempo que el valeroso discurso de un «nuevo comienzo» se disuelve con la sangre de los propios revolucionarios. Cuando la ciudadanía en general se harta del baño de sangre, se producen unos años de lucha política que finalmente dan origen a la moderna dictadura burocrática, en la que un hombre fuerte se pone a la cabeza de una burocracia incruenta y parodia los ideales revolucionarios que inspiraron el intento original de romper con el pasado.

Si es la Revolución Francesa, y no la Americana, la que proporciona el modelo de lo que es una revolución «real», solo hay dos actitudes posibles. Una es conscientemente contrarrevolucionaria. Al fin y al cabo, es difícil mantener el fervor revolucionario cuando uno ve a Napoleón y luego a Luis XVIII hacer las veces de legatarios residuales de la Declaración de los Derechos del Hombre; y seguramente un simple vistazo a la vida política bajo Lenin-Stalin-Brezhnev o Mao no hace más que reforzar esa ansiedad. El segundo enfoque mantiene una actitud positiva hacia las revoluciones (a la francesa), pero al precio de restar importancia a la concepción política en favor de la interpretación social. Es verdad que la Revolución no inauguró un nuevo mundo de significación política pero ¿acaso no transformó las relaciones sociales de una manera progresista?

Una vez más, el marxismo ha sido la defensa más influyente. Es sabido que el marxismo considera la Revolución Francesa como el momento histórico en el que la burguesía se consolidó como la nueva clase hegemónica. Los baños de sangre y las desilusiones políticas pueden entonces ser vistas como el precio «históricamente necesario» de un gran cambio en las relaciones sociales, una transformación que los marxistas consideran «progresista» porque liberó las fuerzas de la industrialización del siglo XIX. Esto preparó el terreno para las funestas apologías marxistas de Stalin, Mao y un sinfín de totalitarios de tres al cuarto del siglo XX. La política puede verse reducida a un desierto de consignas vacías, burocracia incruenta y asesinatos masivos, pero, camarada, ¡no se olvide de las consecuencias sociales «progresistas» de todo ello!

Escribiendo a comienzos de la década de 1960, Arendt se toma esta excusa marxista muy en serio, sin duda porque el marxismo (¿en una proliferante variedad de formas edulcoradas que profetizaban la decadencia?) siguió siendo una presencia poderosa, a menudo abrumadora, en muchos círculos intelectuales. Y sin embargo, ¿permitió ella, como tantos otros[10], que el marxismo tergiversase su propia visión afirmativa?

---

[10] Véase mi discusión de fenómenos paralelos en la obra de L. Hartz en el capítulo 1, pp. 45-47, y de Douglass Adair en este capítulo, pp. 258-259.

No puedo resistir esta sospecha cuando trato de explicarme la disposición de Arendt de llevar su argumento hasta extremos absurdos, o eso me parece a mí[11]. No se contenta con reiterar la promesa política de la revolución ni con distinguirla de la interpretación social. Insiste en que el mismo esfuerzo de los revolucionarios de situar «la cuestión social» en la agenda política destruye inevitablemente el sentido de participación pública creado por el intento de construir un «nuevo comienzo». Según ella, la ciudadanía solo puede prosperar si los ciudadanos no tratan de utilizar la política como un medio para conseguir objetivos económicos y sociales.

Esta es la lección que extrae de la Revolución Francesa. Sostiene que la Revolución se autodestruyó para complacer las necesidades de las masas parisinas. El interés que pone en la «cuestión social» la degrada a un mero instrumento para la satisfacción de los deseos de pan del populacho. Estas necesidades son insaciables. Una vez que los revolucionarios trataron de satisfacerlas, se abrieron a una guerra de pujas entre demagogos rivales que prometían pan y más pan a las masas. El impulso revolucionario se agotó cuando las masas parisinas aprendieron a desconfiar de la capacidad de los demagogos de cumplir sus promesas. Decepcionadas por la política del bienestar, alejadas de la política de la ciudadanía, las masas se apartaron del espacio público, dejándolo a unos generales y a unos burócratas que no necesitan el arte de la ciudadanía para imponer su voluntad a una población exhausta.

Un cuadro desalentador y seguramente Arendt tiene derecho a insistir en que esta pesadilla moderna puede tener consecuencias terribles. Mi problema surge con el determinismo ciego de Arendt, su afirmación de que, una vez que la «cuestión social» ha sido situada en la agenda política, la política revolucionaria degenera inevitablemente en una forma de demagogia y dictadura. Obviamente, esta sólida conclusión no puede establecerse apuntando el éxito de un Napoleón o un Stalin a la hora de catapultarse a sí mismos al poder por medios militar-burocráticos después de la agitación revolucionaria. La cuestión es si dicha espiral descendente es inevitable.

Tomemos a Estados Unidos como un importante contraejemplo. Desde la «Revolución de 1800» dirigida por Thomas Jefferson hasta el movimiento en pro de los derechos civiles dirigido por Martin Luther King, la preocupación por la «cuestión social» ha servido de motor a la participación pública

---

[11] Arendt es una pensadora política realmente profunda. No podemos tratarla principalmente como una crítica del marxismo ni de cualquier otro ismo. Es, sin embargo, un error olvidar el papel del contexto polémico inmediato en la conformación del pensamiento. Si bien la filosofía moderna alemana y la filosofía clásica griega sirvieron de contexto generador de la visión afirmativa de Arendt, el marxismo (y el nazismo) sirvieron indudablemente como el objetivo central de su crítica; y la crítica y la afirmación no pueden separarse nunca completamente en el juego dialéctico del pensamiento.

comprometida del pueblo estadounidense. Tanto en sus éxitos como en sus fracasos, todos estos movimientos sociales apelaron a sus compatriotas a trascender el interés de una facción y a responder a la llamada del bien público; en todos ellos el éxito se midió por la amplitud con que los estadounidenses entraron en el espacio público para respaldar la visión social ofrecida por unos activistas comprometidos; es a través de estos movimientos que los estadounidenses han conocido el goce especial de la ciudadanía que tan elocuentemente evocaba Arendt en su propia obra.

Es triste, pues, que la profunda hostilidad de Arendt a la «cuestión social» no le dejase ver el significado cívico de estos movimientos en la historia estadounidense[12]. En su lectura, los Fundadores dirigieron el último movimiento revolucionario triunfante de la historia de la República. Aún peor, su descripción de los Fundadores está curiosamente truncada. Ignora el hecho de que los Federalistas, no menos que sus sucesores, estaban resueltos a implicar al pueblo estadounidense en su visión social: su ideal de una gran república comercial ha sido vital, pero polémica, hasta hoy. Aplaude a los Federalistas por negarse a utilizar la Constitución para resolver problemas sociales, ignorando la forma en que las Cláusulas que regulan las obligaciones contractuales y las cuestiones comerciales y otros muchos aspectos de la Constitución federalista codificaban la afirmación de la Fundación de una sociedad orientada al mercado. En manos de Arendt, los Federalistas adoptan el carácter hierático de las malas estatuas neoclásicas. Mirándonos incruentamente, crearon una estructura constitucional para una política notablemente estéril, carente de las preocupaciones sociales y económicas que de hecho han inspirado a los estadounidenses a dejar a un lado sus estrechos intereses egoístas y a movilizarse para grandes logros políticos[13].

Algo ha salido mal. Sin embargo, no hemos de permitir que las opiniones extremas de Arendt sobre la cuestión social no nos dejen ver con claridad otros dos aspectos de *On Revolution*. El primero es la recuperación del significado político de la revolución: la forma en que hombres y mujeres pueden revigorizar su identidad como ciudadanos recurriendo unos a otros para marcar un «nuevo comienzo» en su vida política conjunta. El segundo aspecto es una advertencia de Arendt: no sucumbáis a la anacrónica tentación de utilizar la experiencia de la Revolución Francesa de 1789-1815 como modelo desde el cual medir la experiencia

---

[12] ¿Estoy siendo tal vez demasiado duro con Arendt? Hay momentos en su obra en los que se vislumbra otro punto de vista; véase, por ejemplo, H. Arendt, «Civil Disobedience», en H. Arendt, *Crises of the Republic*, Harcourt Brace & Company, San Diego, Nueva York y Londres, 1972. Sin embargo, no consigue integrar estas ideas pasajeras en su interpretación general de la historia estadounidense.

[13] Para una crítica similar, véase Richard Bernstein, *Philosophical Profiles: Essays in a Pragmatic Mode*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1986, pp. 248-56; Hannah Pitkin, «Justice: On Relating Private and Public», *Political Theory*, vol. 9, 1981, p. 327.

estadounidense de 1776-1789. Una vez que tratamos el escenario francés como si fuese el que define el curso inevitable de las revoluciones «reales», la postura beardiana es casi inevitable. Y perdemos de vista la forma en que la Constitución estadounidense era vista por sus protagonistas como una culminación, más que como una negación, de su experiencia política como revolucionarios.

Efectivamente, en la medida en que no lleguemos a extremos arendtianos, quizá podamos reformular su advertencia acerca de las revoluciones sociales. Si bien Arendt se equivoca al sugerir que los revolucionarios estadounidenses de los siglos XVIII, XIX y XX carecían de un programa económico y social, hay un aspecto característico en las iniciativas que han tenido más éxito. Ninguna de ellas pretendía llevar a cabo una revolución total en las relaciones sociales y económicas. Todas ellas siguieron el ejemplo de los Federalistas de la reforma revolucionaria, proponiendo usar el poder del Estado de formas limitadas pero estratégicas para conseguir objetivos económicos y sociales fundamentales aunque parciales.

Como veremos, incluso estos ejercicios de reforma social revolucionaria tensionaron enormemente las tradiciones constitucionales preexistentes. Especialmente durante la Reconstrucción y el *New Deal*, las tensiones llegaron a ser tan fuertes que algunas de las líneas de la tradición constitucional empezaron visiblemente a resentirse. En estos momentos de crisis constitucional, las propias reglas básicas se convirtieron en objeto consciente de la reforma revolucionaria. Entonces los contendientes vislumbran el precipicio: ¿había salido la nación de la Guerra Civil solo para luchar de nuevo acerca de las condiciones de la Reconstrucción? ¿Respondería el país a la Gran Depresión siguiendo el camino hacia la dictadura tomado por Alemania? En vez de lanzarse a la senda de la revolución total, en las dos ocasiones la respuesta fue la reforma revolucionaria. Igual que los propios Federalistas, los revolucionarios posteriores ni acataron las viejas reglas ni hicieron añicos todo el sistema institucional en una muestra de desdén. Combinaron antiguas ideas e instituciones de nuevas maneras, maneras que finalmente les permitieron conseguir una amplia aceptación para su afirmación de que *el propio Pueblo* había refrendado sus iniciativas sociales transformadoras.

Siglos de lucha por la reforma revolucionaria (tanto social como política) han generado un legado característico que ha de ser preservado de dos clases de críticas. Por un lado, es fácil que los revolucionarios totalizantes se muestren condescendientes con la experiencia estadounidense. Incluso los logros de las generaciones más exitosas parecen notablemente incompletos. Los estadounidenses de hoy seguimos luchando con las insuficiencias estructurales que hemos heredado de la Fundación, con las promesas fallidas de igualdad racial que hemos heredado de la Reconstrucción, y con las inadecuadas protecciones contra la injusticia social que hemos heredado

del *New Deal*. A los ojos del revolucionario totalizador estos fallos establecen la insuficiencia de la reforma parcial ¡Sigamos adelante y tratemos de transformar el sistema entero de un solo golpe!

Por otro lado, es demasiado fácil para los exiliados traumatizados como Arendt retorcerse las manos ante la simple perspectiva de reforma social, no sea que la exigencia revolucionaria de utopía derive en una u otra forma de barbarie ¿Acaso no es preferible vaciar a la política de todo contenido social serio, si no queremos que el genio se nos escape de la botella?

Pero la experiencia estadounidense nos enseña una lección diferente. Una y otra vez los grandes movimientos reformistas de nuestro pasado han exhibido la valiosa capacidad política de dar una forma parcial, pero incisiva, a soluciones constitucionales de una manera que acaba consiguiendo un amplio consenso. Por insuficientes que puedan parecer estas soluciones desde el punto de vista de la utopía, ¿acaso no vale la pena estudiarlas al tiempo que nos esforzamos en hacer nuestra propia contribución constitucional?

Wood y más allá

Arendt se ha ganado, a mi modo de ver, el reconocimiento de ser una de las pensadoras más importantes de su generación. Su libro *On Revolution* sigue estando «en las mejores librerías de todo el mundo» un cuarto de siglo después de su publicación. Pero el libro ha tenido un impacto considerablemente menor en la que tendría que ser su audiencia más obvia: los historiadores y expertos en ciencia política estadounidenses para quienes la Fundación constituye el principal interés académico. Y no es que el campo haya estado especialmente adormilado. Al contrario: Adair, Appleby, Bailyn, Banning, Dahl, Diamond, Diggins, McDonald, Morgan, Pocock, Robbins, Wiebe, Wills, White, Wood[14] están entre los estudiosos

[14] Mi lista de lecturas recomendadas: T. Colborne (ed.), *Fame and the Founding Fathers: Essays by Douglass Adair*, cit.; Joyce Appleby, *Capitalism and a New Social Order: The Republican Vision of the 1790's*, Nueva York, New York Universtiy Press, 1984; B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, cit.; Lance Banning, *The Jeffersonian Persuasion: Evolution of a Party Ideology*, Ithaca, Cornell University Press, 1978; Martin Diamond, «Ethics and Politics: The American Way», en R. H. Horwitz (ed.), *The Moral Foundations of the American Republic*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1986, p. 75; R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, cit., cap. 1; John Diggins, *The Lost Soul of American Politics: Virtue, Self-Interest, and the Foundations of Liberalism*, Chicago, Chicago University Press, 1984 (vale ciertamente la pena leer este provocador libro, pese al tratamiento reduccionista que hace de la cultura política); Forrest McDonald, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence, Universisty Press of Kansas, 1985; E. Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, cit.; J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, cit.; Caroline Robbins, *The Eighteenth Century Commonwealthman: Studies in the Transmission, Development and Circumstance of English Liberal Thought from the Restoration of Charles II until the War with the Thirteenth Colonies*, Cambridge

importantes que han hecho aportaciones genuinas durante las últimas décadas. Es imposible leer un nuevo libro sobre la Fundación sin encontrar en él la marca de estos estudiosos. Y en cambio es fácil leer libro tras libro sin encontrar el menor indicio de que se haya producido un encuentro serio con Arendt ¿Por qué?

Porque los historiadores estadounidenses todavía no están preparados para enfrentarse a la queja básica de Arendt respecto a su obra: «Es realmente extraño que los especialistas estadounidenses del siglo XX, incluso más que los europeos, se sientan a menudo inclinados a interpretar la Revolución Americana a la luz de la Revolución Francesa, o a criticarla porque obviamente no se conforma a las lecciones aprendidas de esta última»[15]. Al escribir estas líneas, Arendt estaba criticando la propensión beardiana de la academia estadounidense. Cuando publicó su libro *On Revolution* en 1963, tenía motivos para creer que su llamada a la revisión tendría una respuesta positiva. La década de 1950 no había sido muy amable con las preconcepciones progresistas. Los importantes trabajos de Robert Brown y Forrest McDonald habían convencido a los historiadores profesionales de que los datos económicos simplemente no respaldaban el punto de vista simplista de «las clases contra las masas» en la lucha por la ratificación[16]. Mientras la academia trataba de encontrar una nueva perspectiva, algunos destacados estudiosos cuestionaron la visión que tenía Beard de los Fundadores como unos brillantes contrarrevolucionarios. ¿No era más apropiado concebir a los equivalentes de Madison y Hamilton como «los jóvenes de la revolución» que habían alcanzado una edad en la que podían continuar el proyecto revolucionario de construcción política iniciado por la vieja generación de los Washingtons y los Adams?[17]. ¿No era preferible ver la Convención de Filadelfia como el mayor «caucus reformista» de la historia estadounidense?[18]. Estos sugerentes ensayos no habían sido escritos con el grandioso estilo histórico-filosófico propio de una refugiada alemana como Arendt, pero denotaban, en una prosa estadounidense llana, una valoración similar de los Fundadores como revolucionarios políticos orgullosos de serlo.

(MA), Harvard University Press, 1959; R. Wiebe, *The Opening of American Society*, cit.; G. Wills, *Explaining America: The Federalist*, cit.; Morton White, *Philosophy, the Federalist, and the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 1987; G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit. Los ensayos siguientes proporcionan una juiciosa interpretación del debate histórico desde diferentes ángulos, véase Robert Shalhope, «Republicans and Early American Historiography», *William & Mary Quaterly*, vol. 39, 1982, p. 334, e Isaac Kramnick, «"The Great National Discussion": The Discourse of National Politics in 1787», *William & Mary Quaterly*, vol. 45, 1988, p. 3. Una discusión con criterio de la erudición histórica desde un punto de vista legal la proporciona F. Michelman, «The Supreme Court, 1985 Term–Foreword: Traces of Self-Government», cit., pp. 17-55.

[15] H. Arendt, *On Revolution*, cit., p. 55.

[16] Véase R. Brown, *Charles Beard and the Constitution*, cit., y F. McDonald, *We the People*, cit.

[17] Stanley Elkins & Eric McKitrick, «The Founding Fathers: Young Men of the Revolution», *Political Science Quarterly*, vol. 76, 1961, p. 181. Véase también Pauline Maier, *The Old Revolutionaries: Political Lives in the Age of Samuel Adams*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1980, pp. 280-294.

[18] John Roche, «The Founding Fathers: A Reform Caucus in Action», *American Political Science Review*, vol. 55, 1961, p. 799.

Y sin embargo, de manera sorprendente, fue muy poco lo que surgió de estas revaluaciones exploratorias[19]. Con la publicación en 1969 del gran libro de Gordon Wood, *The Creation of the American Republic*, la principal línea de investigación histórica se movió en una dirección relacionada con ellas, pero diferente[20]. Antes de identificar estas diferencias, quiero poner de relieve cómo la obra de Wood respalda mi propio intento de considerar a los Federalistas como unos revolucionarios que se debatían con las consecuencias de su éxito. Para empezar, y esto es lo más importante, su libro se toma la cultura política en serio. Su estudio de seiscientas páginas no contiene una sola tabulación estadística de tipo economicista. Wood realiza un laborioso repaso de los incontables panfletos, debates y otros artefactos políticos dejados por los estadounidenses entre 1776 y 1787. Somos invitados a ubicarnos en el universo simbólico característico de la Norteamérica de finales del siglo XVIII para entender la forma cambiante en que los estadounidenses concibieron la naturaleza de la política mientras pasaban de la Declaración de Independencia a la Fundación. Este método interpretativo no tendría sentido si Wood considerase la cultura política como un mero reflejo de unas «realidades» económicas y sociales subyacentes.

Hasta aquí los métodos comunes que vinculan la obra de Wood con la mía. Pasando a la sustancia, no puedo hacer justicia al constante encuentro de Wood con el rico legado del debate popular dejado por los revolucionarios estadounidenses y mucho menos, al trabajo interpretativo que su ejemplo ha inspirado durante la última generación. Para sugerir esta contribución potencial de la erudición al proyecto neofederalista[21], la confrontaré con el marco conceptual que he utilizado en el último capítulo para recuperar las aspiraciones dualistas del pensamiento constitucional federalista. Recordemos, pues, el esquema de dos periodos que exponía el problema de la legitimación planteado por todas las revoluciones triunfantes. Momento Uno: un grupo de *outsiders* cuestiona la autoridad legal de los *insiders*, proclamando su dedicación superior al bien público ante unas asambleas irregulares que afirman hablar en nombre del Pueblo. Momento

---

[19] Constituyen notables excepciones a la generalización que se hace en el texto, P. Maier, *The Old Revolutionaries: Political Lives in the Age of Samuel Adams*, cit; y Ralph Lerner, *The Thinking Revolutionary: Principle and Practice in the New Republic*, Ithaca, Cornell University Press, 1987.

[20] Del mismo modo que el libro de Beard *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* controló la visión histórica de la primera mitad del siglo, el de Wood *The Creation of the American Republic, 1776-1787* ha dominado la última generación. Por ejemplo, al considerar cuál era el mejor modo de celebrar el Bicentenario de la Constitución en 1987, la principal revista sobre la historia estadounidense temprana no pudo pensar en nada mejor que en patrocinar un simposio sobre el libro de Wood. Véase «Forum – *The Creation of the American Republic, 1776-1787*: A Symposium of Views and Reviews», *William & Mary Quaterly*, vol. 44, 1987, pp. 549-640. Esta es una colección que vale la pena leer.

[21] Para unos sugestivos vínculos entre la obra de Wood y mi propio trabajo, véase Richard Bernstein, «Charting the Bicentennial», *Columbia Law Review*, vol. 87, 1987, pp. 1565, 1599-1602.

Dos: los *outsiders* se vuelven *insiders* y luchan con su pasado revolucionario mientras tratan de legitimar su presente autoridad ¿Cómo nos permite el libro de Wood encajar este esquema, y la respuesta federalista al mismo, en el seno de una explicación de las prácticas y lenguajes políticos vigentes en la Norteamérica de finales del siglo XVIII?

El Momento Uno contextualizado

El estudio de Woods no empieza con 1787, sino con 1776, lo que puede servir como un equivalente aproximado del Momento Uno de mi modelo. Su objetivo inicial es recuperar el mundo simbólico que hizo que la revolución pareciese una respuesta inteligente a muchos estadounidenses. Este universo de significado derivaba en gran parte de las luchas revolucionarias de los *whigs* radicales y de los *Commonwealthmen* de la Inglaterra del siglo XVII.

Desmontaré el completo relato que hace Wood de este legado revolucionario para centrarme en unos cuantos elementos[22]. El primero es el básico contraste *whig* entre una Corte corrupta y jactanciosa y un país de pequeños propietarios virtuosos. Este contraste proporcionó a los estadounidenses un esquema diagnóstico definidor tanto de la amenaza inglesa como de la cura revolucionaria. Las afirmaciones de poder por parte de la metrópolis no serían juzgadas por sus méritos o deméritos particulares. La ideología *whig* invitaba a los colonos a verlas como síntomas de un poder central corrupto que, si se dejaba sin control, culminaría en las patologías del despotismo. En vez de esperar pasivamente este destino, el país tenía que organizarse por su cuenta antes de que fuese demasiado tarde. Había virtud en la clase de los pequeños propietarios, siempre que no se permitiese al jactancioso centro envenenar el pozo de la bondad cívica.

Esta cosmovisión *whig* proporcionó una respuesta notablemente sencilla a una cuestión crucial definida por nuestro simple modelo de dos periodos: ¿qué es lo que da a los aspirantes a revolucionario la autoridad para cuestionar los poderes legalmente constituidos? Porque *ellos* son corruptos y *nosotros* somos virtuosos, donde «virtud» no se refiere a algún código privado, sino a la capacidad del pequeño propietario de poner el bien público por encima de su propio bien. El legado *whig* radical también proporcionaba un rico caudal de ideas mediante las cuales los estadounidenses revolucionarios podían elaborar la sustancia del bien público que el centro corrupto estaba amenazando. De momento, no estoy interesado en describir estas ideas lockeanas y harringtonianas, o en rastrear la forma fascinante en que esta herencia del siglo XVII se

[22] Para otros intentos de estudiosos legales que intentan aprovechar la versión de Wood, véase Akhil Amar, «Of Sovereignty and Federalism», *The Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, pp. 1425, 1429-1451; F. Michelman, «The Supreme Court, 1985 Term–Foreword: Traces of Self-Government», cit.; C. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», cit., pp. 29, 35-55.

mezcló con unas nociones más modernas procedentes de la Ilustración escocesa formando un *corpus* complejo y en evolución.

Es más importante ver cómo estas definiciones revolucionarias del bien público, junto con las ideas *whig* del país virtuoso, interactuaron con un tercer rasgo: la experiencia estadounidense de autogobierno, que entonces tenía ciento cincuenta años de antigüedad. Esta experiencia jugó un papel fundamental proporcionando a los revolucionarios los materiales que necesitaban para hacer frente a un aspecto final del problema: ¿cómo crear unos organismos que puedan afirmar *con credibilidad* que representan al país contra el centro corrupto pese al hecho de que estas asambleas populares no podían, dada la naturaleza del caso, revestirse con los símbolos legales que normalmente estabilizan las llamadas a la autoridad política?

Obviamente, el autogobierno colonial proporcionó a los estadounidenses unas instituciones preexistentes (las asambleas coloniales) que podían servir de trampolín para una ruptura gradual con la vieja legalidad: primero la asamblea colonial podía embarcarse en una escalada de desafíos a la Corona, luego *la misma asamblea* podía a veces reunirse con el Pueblo en una taberna para expedir «resoluciones», «recomendaciones», etcétera, que obtenían el reconocimiento público como algo que poseía fuerza de ley[23]. Más fundamentalmente, la tradición proporcionaba a cada una de las colonias una serie de organizaciones informales, liderazgos, prácticas políticas, que podían servir como bloques para la construcción de nuevas autoridades que pudiesen afirmar *de manera creíble* hablar en nombre del país contra el tirano. El Pueblo ya sabía cómo funcionan unas elecciones; sabía muchas cosas acerca de los autoproclamados patriotas que competían por la aprobación popular; esos mismos hombres habían sido vistos y oídos durante años (si no compitiendo por estas posiciones dominantes) bajo el viejo régimen. La desintegración de la vieja legalidad no produjo un vacío político: unos egos atomizados luchando por imponerse unos sobre otros sin restricciones ni reconocimiento mutuo. Produjo un *Pueblo* capaz de organizar sus propios asuntos políticos (discutiendo, reaccionando, decidiendo) en el mismo momento en que estos ciudadanos de Norteamérica luchaban por su existencia política contra el imperio más formidable del Viejo Mundo.

Este contexto nos permite localizar una contribución *whig* final al emergente vocabulario político estadounidense: la idea de que una convención ilegal de ciudadanos virtuosos podía hablar en nombre del Pueblo con una autoridad que tenía una significación constitucional

[23] Véase Jerrilyn Marston, *King and Congress: The Transfer of Political Legitimacy, 1774-1776*, Princeton, Princeton University Press, 1987, 2ª parte; Jack Rakove, *The Beginnings of National Politics: An Interpretive History of the Continental Congress*, Nueva York, Alfred Knopf Inc., 1979, 1ª parte.

fundamental. El último capítulo, que ya se basaba en el trabajo de Wood[24], hacía hincapié en cómo los Federalistas iban más allá de sus precedentes *whig* promoviendo la suprema autoridad de la Convención. Si bien los *whig* del siglo XVIII se vanagloriaban de los logros de la Convención de 1688, no afirmaban que el trabajo de esta convención tuviese fuerza de ley e insistían, en cambio, en que los términos del nuevo acuerdo constitucional fuesen recreados por un parlamento perfectamente legal[25]. En contraste con ellos, los Federalistas afirmaban que una convención ilegal podía ser no solo una fuente de ley, sino de la norma superior.

Esta no era en absoluto una innovación Federalista. Wood explora perceptivamente las complejas formas en que esta nueva interpretación de las convenciones populares se desarrolló a escala estatal en los años inmediatamente posteriores a la Declaración de Independencia. Mientras los norteamericanos deliberaban sobre nuevas constituciones en los estados, la autoridad de las asambleas legislativas revolucionarias respecto al contenido de la norma superior se convirtió en un asunto cada vez más contestado. Basándose en la herencia *whig*, la opinión dominante en la mayoría de lugares insistía en que no era una atribución de las asambleas legislativas, como órganos que eran de gobierno normal, definir sus propios poderes, y que solamente una convención especial del Pueblo podía establecer la norma de carácter superior[26].

El Momento Dos contextualizado

El país virtuoso, defendiendo el bien público contra las corrupciones del poder por medio de una convención ilegal. La exposición de Wood nos permite ver a los Federalistas tal como se veían ellos mismos: como unos revolucionarios triunfantes que adaptaban ideas e instituciones que ya se habían convertido en parte de la experiencia, del imaginario y del autoconocimiento de su generación. También nos ayuda a entender el marco conceptual que permitió a los Fundadores proporcionar soluciones dualistas a determinados problemas básicos de gobierno constitucional.

---

[24] Véase G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit.; y véanse también las fuentes citadas en las notas 14-17 del cap. 7, supra. Para una importante discusión de la posterior historia de la «convención» en América, véase D. Rodgers, *Contested Truths: Keywords in American Politics Since Independence*, cit., cap. 3.

[25] Véase G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 310-319; y véanse las fuentes citadas en las notas 14-17, cap. 7, supra.

[26] Un punto de inflexión se produjo en Massachusetts en 1778, cuando una nueva constitución fue rechazada, en parte debido a que no había sido propuesta por una convención del Pueblo especialmente reunida con este propósito. Véase G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., p. 341. Otras pruebas de esta evolución las reúne Akhil Amar en «Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside of Article V», *University of Chicago Law Review*, vol. 55, 1988, pp. 1043, 1056-1060 (que se discute de un modo más elaborado en el cap. 2, nota 4).

La primera implicaba la soberanía. Un principio elemental de la ciencia política del siglo XVIII era que cada nación tenía que tener un soberano, y solo uno. ¿Quién era el nuestro? Una respuesta torpe podía poner en peligro toda la empresa. Por un lado, proclamar que el gobierno nacional era *el* soberano enajenaría a grandes porciones del pueblo comprometidas con la identidad política de su estado y temerosas de la posibilidad de una tiranía centralizadora. Por otro lado, identificar a los gobiernos estatales como «soberanos» inequívocos minaba el fundamento mismo de la iniciativa federalista, que era construir un nuevo gobierno central que pudiese ejercer un poder limitado pero sustancial. Los Federalistas se dieron brillantemente cuenta de que la ideología *whig* radical permitía una tercera respuesta: negar que ningún gobierno pudiera ser visto como «soberano» e insistir en que, en Estados Unidos, el único soberano legítimo era *el Pueblo*, que podía delegar diferentes poderes a diferentes gobiernos de cualquier forma que sirviese al bien común[27].

El hecho de que los Federalistas desplazasen el *locus* de la «soberanía» desde el gobierno al Pueblo es ampliamente apreciado. Demasiado a menudo, sin embargo, es visto como parte de un fraude legalista que permitió a los Fundadores prescindir por entero de la noción de soberanía[28]. Wood proporciona recursos históricos para una interpretación diferente. Lejos de ser un truco de abogado, el desplazamiento de la soberanía al Pueblo expresaba un aspecto fundamental de la experiencia revolucionaria estadounidense: la de que *era* posible que unos grupos informales de estadounidenses se automovilizasen para la acción política y redefiniesen los objetivos y la naturaleza del gobierno ordinario.

Esta revolucionaria redefinición de la soberanía posibilitó una segunda innovación conceptual que implicaba la separación de poderes. La idea es muy antigua. Según la interpretación tradicional, sin embargo, cada uno de los poderes por separado representa un elemento constituyente diferente de la sociedad. Así, la Cámara de los Lores no debía su lugar en la Constitución inglesa a un análisis funcional relativo a su probable contribución a la calidad de la toma de decisiones; en realidad, representaba a los lores como a un estamento social concreto, que tenía derecho a insistir en que sus intereses corporativos fuesen protegidos como un elemento constituyente del reino; y lo mismo podía decirse de la Corona. Si bien hubiera sido mal visto crear una nobleza estadounidense en 1787[29],

---

[27] G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 363-390, 519-564.

[28] Para un trabajo excepcionalmente perceptivo de este género, véase Andrezj Rapaczynski, «From Sovereignty to Process: The Jurisprudence of Federalism after *García*», *Supreme Court Review*, 1985, pp. 341, 346-359.

[29] Y no es que fuera impensable. El temor de que la Sociedad de Cincinnati, compuesta de oficiales del ejército revolucionario, albergase tal pretensión estaba muy extendido. En uno de sus momentos más lúcidos, George Washington se opuso a dicho programa, señalando su compro-

era mucho más fácil reconsiderar esta idea tradicional de la constitución mixta en términos de clases económicas, insistiendo en que cualquier propuesta legislativa tenía que obtener el consentimiento de una cámara alta elegida entre aquellos ciudadanos que cumplían el requerimiento de ser propietarios, así como de una cámara baja que representase a todos los ciudadanos[30].

Pero este es precisamente el paso que los Federalistas se negaron a dar. Concebían la relación entre los tres poderes y el Pueblo de una forma radicalmente diferente. Cada poder del Estado era justo esto: un poder del Estado, no una expresión orgánica del Pueblo. Desde que el Pueblo se expresa mediante la movilización revolucionaria es imposible predecir la ruta institucional exacta que seguirá en el ejercicio de la soberanía popular[31]. La separación de poderes ya no era una representación orgánica de las diferentes clases del Pueblo. Ahora era, por el contrario, un dispositivo para problematizar la representación: dado que *todo* poder gubernamental era potencialmente corruptor de los gobernantes, el objetivo del diseño constitucional era introducir frenos y contrapesos; ahorrar virtud, dado el escaso suministro de la misma que estaba disponible. La vieja idea del gobierno mixto por los estados del reino había sido desplazada por la idea revolucionaria de que los gobernantes tenían que controlarse unos a otros y ser conscientes en todo momento de que el Pueblo podía intervenir decisivamente si las corrupciones del poder le llevaban a traicionar los principios básicos de la Revolución.

En el último capítulo, alenté al lector a explorar estos temas dualistas buscando *The Federalist Papers* en cualquier librería local y (re)leyéndolos atentamente. Y aunque sea más difícil encontrar la obra magistral de Wood, trate de hacer lo mismo con ella: el cuadro que describe, la enorme cantidad de panfletos, debates y correspondencia de la época le permitirá contextualizar los documentos federalistas. Las preocupaciones dualistas de Publius (gobierno del pueblo, control de los gobernantes) no son en absoluto idiosincrásicas. Está hablando directamente a las inquietudes de sus camaradas revolucionarios y explicando, en un lenguaje común, por qué el intento de la Convención de hablar en nombre del Pueblo era digno de «reflexión y elección».

---

miso republicano presidiendo la Convención de Filadelfia en vez de la reunión nacional de la de Cincinnati, convocada por Filadelfia al mismo tiempo. Véase Garry Wills, *Cincinnatus: George Washington and the Enlightenment*, Garden City (NY), Doubleday & Co., 1984, pp. 92-148.

[30] Esta propuesta repesenta un aspecto esencial de la notable *Defense of the Constitutions of Government of the United States of America,* de John Adams, en *The Works of John Adams*, edición de C. F. Adams, Boston, Little, Brown & Co., 1851, pp. 391-401.

[31] Véase G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., caps. 8, 9, 13. Para una discusión de este punto de un modo más analítico, véase cap. 10, supra.

El fantasma de Beard

Y sin embargo, pese a los muchos méritos de Wood hay un sentido[32] en el que sus libros retrasan la comprensión histórica. Esto tiene que ver con la imagen que dibuja Beard de los Fundadores como unos thermidorianos. Aunque a principios de la década de 1960 se había iniciado una crítica incisiva, el libro de Wood no parece tomársela en serio. De un modo u otro, el libro de Arendt *On Revolution* eludía su comprensión, por otra parte notablemente completa, de las fuentes primarias y secundarias. La razón de esta carencia, sospecho, reside en el origen de *The Creation of the American Republic* como tesis doctoral. El héroe de Wood no era Hannah Arendt, sino Bernard Bailyn, el supervisor de su tesis doctoral; su texto central no era *On the Revolution*, sino el libro de Bailyn *The Ideological Origins of the American Revolution*[33]. Este innovador estudio devolvió a la vida el mundo de los *whig radicales* en el que habitaban los revolucionarios de la primera hora; la tesis de Wood repasa los años que van desde 1776 a 1787 y explora cómo los Federalistas readaptan la temprana cosmovisión mientras tratan de legitimar nuevas formas de autoridad constitucional. Haciéndose cargo de este trabajo, Wood escribe una tesis modélica. No podemos criticarle por no aceptar el reto planteado por una exiliada alemana que habla un idioma histórico-filosófico ajeno al estilo sensato y basado en las fuentes originales de la academia estadounidense. Nadie es perfecto.

No es que el trabajo de Wood sea fiel a la vieja imagen de los Fundadores en todos sus detalles beardianos. Dada su heroica excavación del mundo revolucionario de los Fundadores, ya no supone que estos se viesen a sí mismos como unos enemigos del Pueblo que utilizan cínicamente los símbolos del gobierno popular para asegurar sus intereses de clase. Reconoce que Washington, Madison y los demás estaban continuando, y no abortando, la revolución por la que tantos habían luchado y dado la vida.

Pero cuando más cerca parece estar de una valoración arendtiana de las raíces revolucionarias de la Fundación, da un viraje y entra en la órbita beardiana. Tras dedicar casi seiscientas páginas a explorar la forma maravillosamente creativa en la que los Fundadores adaptaron el lenguaje y las prácticas de la Revolución para hacer frente a la crisis de legitimación provocada por su triunfo, Wood se muestra preocupado. Distanciándose de su contexto histórico, advierte a sus lectores modernos para que no se hagan

---

[32] Dado que pienso que la descripción básica de Wood es correcta, no creo que valga la pena que extienda más mi proyecto escribiendo variaciones sobre los temas que se me han ocurrido en el curso de mi propia investigación. Me ha parecido más provechoso concentrar mi escritura histórica independiente en la Reconstrucción y en el *New Deal* y ya que muchos de los textos y debates constitucionales fundamentales de estos periodos son poco conocidos o mal valorados, los exploraré por extenso en el siguiente volumen.
[33] Véase supra nota 14.

una idea falsa de la situación: nosotros, los sofisticados ciudadanos del siglo XX, hemos de ser conscientes de que, al reivindicar que hablaban en nombre del Pueblo, los Fundadores «se apropiaron y explotaron un lenguaje que *pertenecía más legítimamente* a sus oponentes»[34]. Con independencia de lo que pueda decirse respecto a estas observaciones a modo de conclusión, el hecho es que le permiten a Wood hacer las paces con la historiografía progresista. En definitiva, *The Creation of the American Republic* nos invita a pensar que los Fundadores estaban aquejados de un caso masivo de falsa conciencia. Seguían siendo los contrarrevolucionarios que Beard decía que eran, *aunque ellos mismos se considerasen los portavoces revolucionarios del Pueblo y aunque hubiesen conseguido que la mayoría de la ciudadanía políticamente activa estuviese de acuerdo con ellos*. Sin embargo, con este giro, ¿no ha comprado Wood la paz intelectual a un precio muy elevado?

Su referencia a la falsa conciencia acepta implícitamente la interpretación social de la revolución en su forma más acusada de petición de principio. Antes de que podamos empezar a valorar a Wood, primero hemos de suponer que la historia se entiende mejor como un proceso en el que, primero, una clase social gana la hegemonía sobre otra en una secuencia fija, y, segundo, que las revoluciones ganan significado solo en la medida en que avanzan o retrasan esta secuencia. Solo en este marco conceptual tiene sentido considerar, tercero, que Wood está en lo cierto al creer que los Antifederalistas, más que los Federalistas, expresaban «legítimamente» los intereses de los grupos sociales históricamente «progresistas» que tendrían un gran ascendiente durante el siglo XIX[35].

Yo rechazo el marco que hace razonable la investigación de Wood. Niego que las revoluciones tengan que ser principalmente valoradas por su éxito al hacer avanzar o retrasar una «marcha del progreso» predeterminada. Por muchas diferencias que tenga con Arendt, creo que ella tiene razón en el punto más importante: el verdadero lenguaje de la revolución es su invitación a los hombres y mujeres modernos para que se tomen en serio la ciudadanía, para que consideren si el ámbito público está en una condición tan peligrosa como para requerir un esfuerzo común de renovación y redefinición: un «nuevo comienzo». Desde este punto de vista político, el éxito de los Fundadores ganándose una amplia credibilidad para hablar en nombre del Pueblo en cuestiones fundamentales de identidad nacional es innegable. La Convención de Filadelfia no se apropió y explotó «un lenguaje que

[34] G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., p. 562 (el subrayado es mío).
[35] Compárese G. Wood, «Interests and Disinterestedness in the Making of the Constitution», en R. Beeman, S. Botein y E. Carter (eds.), *Beyond Confederation: Origins of the Constitution and American National Identity*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1987, p. 69 (los Antifederalistas como «hombres del futuro»), con Cecilia Kenyon, «Men of Little Faith: The Anti-Federalists on the Nature of Representative Government», *William & Mary Law Review*, vol. 12, 1955, p. 3 (los Antifederalistas como retrógrados).

pertenecía más legítimamente a sus oponentes». Elaboró creativamente un lenguaje y una práctica revolucionarios de una forma que permitía a los futuros estadounidenses tomar la senda de la producción normativa de carácter superior para cuestionar muchas de las verdades promulgadas por los propios Fundadores, autorizando al mismo tiempo al gobierno a emprender las tareas normales de la vida diaria. No está mal para una sola generación ¿Podemos decir algo parecido de nosotros mismos?

Como siempre, Wood *no yerra* demasiado cuando cuestiona la capacidad de los Fundadores para anticipar el curso futuro de la historia estadounidense. La confianza de los Federalistas en su habilidad para hablar en nombre del Pueblo tenía mucho que ver, sin duda, con la orgullosa creencia de la aristocracia terrateniente masculina, blanca, protestante y acaudalada del Sur y de Nueva Inglaterra, de que podían contar con la deferencia de los órdenes menores de la humanidad[36]. Buena parte de la política constitucional del futuro (desde Thomas Jefferson a Martin Luther King) implicaría campañas contra muchas de las pautas de deferencia que los Fundadores daban por sentadas[37]. Aunque hemos empezado en 1787, tendríamos que ir mucho más allá si queremos comprender cómo han construido los estadounidenses una democracia dualista moderna.

Pero de momento basta con que nos encaramemos a hombros de Arendt y Wood para vislumbrar una visión del logro Federalista que ninguno de estos dos autores consigue alcanzar. El miedo que tiene Arendt a la «cuestión social» no le deja ver el papel que esta desempeñó a la hora de configurar la política constitucional de subsiguientes generaciones de estadounidenses. La sospecha beardiana de Wood respecto al carácter sustantivo de la agenda de los Federalistas no le deja ver el éxito de estos, al proporcionar a los estadounidenses modelos de comportamiento político y conceptos constitucionales mediante los cuales las generaciones futuras pudieron poner a prueba (y en ocasiones conseguir credibilidad para) sus propios proyectos de reforma revolucionaria[38]. El reto es afirmar lo que tanto Arendt como Wood, por razones muy diferentes, niegan: que el espíritu de 1787 no ha muerto, que el neofederalismo es una opción muy viva para nuestra propia época.

---

[36] La cultura política de Pennsylvania era mucho más democrática en espíritu que las que prevalecían en el Norte y en el Sur. Dada su importancia económica y social, los ciudadanos de Pennsylvania tuvieron sorprendentemente poca influencia en la política temprana (aunque sería un error ignorar las contribuciones de individuos particulares como Wilson y, más tarde, Gallatin). Vale la pena preguntarse por las razones de esta relativa debilidad. Véase Henry Adams, *History of the United States of America During the First Administration of Thomas Jefferson 1801-1805*, edición de E. Harbert [1891], Nueva York, Viking Press, 1986, cap. 4.

[37] Este tema lo desarrolla cuidadosamente R. Wiebe, *The Opening of American Society*, cit.; véase también J. Appleby, *Capitalism and a New Social Order: The Republican Vision of the 1790's*, cit.

[38] El propio Wood destaca el carácter distintivo y la originalidad del pensamiento federalista. Véase, por ejemplo, G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit., pp. 319, 342-343, 613-615. Su único fallo es cuestionar la buena fe revolucionaria de los Federalistas.

De los Federalistas a *The Federalist Papers*

Al igual que el estudio del periodo de la Fundación en general, la interpretación moderna de *The Federalist Papers* empieza con Charles Beard. A finales del siglo XIX, este material había sufrido un eclipse. Desencantados de la política constitucional por el fracaso de la Reconstrucción, a muchos intelectuales estadounidenses les resultó difícil compartir la fe revolucionaria de Publius en el poder de la razón humana para dar forma a la política ordinaria por medio del derecho constitucional. En vez de regresar a los modelos de racionalidad de la Ilustración, se sintieron mucho más impresionados por la nueva ciencia evolutiva de Darwin y trataron de utilizarla como guía de sus reflexiones constitucionales[39].

Woodrow Wilson es ejemplar[40]: su vida y su obra son un largo intento de asumir el hecho de que, después de la Guerra Civil, el gobierno americano se había movido más allá de las pautas de la Fundación[41]. Solo él expresó esta idea en el lenguaje darwiniano de su tiempo: evolución, no revolución; organismo, no mecanismo. Apartándose de la Fundación revolucionaria, Wilson descubrió en la lenta evolución de la democracia parlamentaria en Inglaterra la clave del éxito futuro del Imperio estadounidense[42.] En el mundo cada vez más anglófilo habitado por los más destacados constitucionalistas, *The Federalist Papers* no fueron tanto olvidados como vaciados de sus significados más profundos: podían citarse fragmentos sueltos a la hora de discutir algún problema práctico, pero lo que se echaba en falta era una apreciación del espíritu revolucionario que caracterizaba a la empresa dualista de Publius como un todo.

En este contexto, la reafirmación que hace Beard de *The Federalist* tiene pros y contras. La importancia que atribuyó a *The Federalist Papers* les confirió una nueva centralidad en el debate en curso acerca del significado de la Constitución estadounidense. De manera nada sorprendente, sin embargo, Beard los reactivó porque encontró en ellos pruebas de su opinión más general de la Fundación como contrarrevolucionaria. Así, pues, hay que agradecer a Beard la extraordinaria prominencia que tiene el núm. 10 de *The Federalist* en el pensamiento del siglo XX, hasta el punto de que es probablemente el único ensayo de teoría política estadounidense que actualmente se lee y se discute en todas las clases de educación cívica en

---

[39] Véase Paul Kahn, *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*, New Haven, Yale University Press, 1992, cap. 3.

[40] Otro autor importante de esta cuerda es Christopher Tiedemann, *The Unwritten Constitution of the United States*, Nueva York, G. P. Putnam's Sons,1890.

[41] Véase cap. 4, pp. 84-85.

[42] Véase, por ejemplo, W. Wilson, *Congressional Government*, cit.; y *Constitutional Government in the United States*, cit.

los institutos de enseñanza secundaria. Como ha señalado brillantemente Douglass Adair, el núm. 10 de *The Federalist* nunca preocupó a los comentaristas durante los ciento veinticinco años de accidentada historia de la interpretación de *The Federalist Papers* anterior a Beard[43].

Para Beard, sin embargo, el núm. 10 de *The Fedaralist* sirvió como la «prueba del delito» que zanjaba el caso. No solo identificaba el lugar donde Madison, como Fundador en Jefe, desarrolla los fundamentos económicos de la política moderna de una forma que, según Beard, le convertía en un brillante precursor de Marx[44]. También indicaba inequívocamente (al menos para quienes se preocupan de leer las fuentes originales y no las hagiografías) a qué lado de las barricadas se situaba Madison. Así es, negro sobre blanco, cómo expresa el temor que siente ante «la rabia que provoca el dinero, la abolición de las deudas, la división igualitaria de la propiedad o cualquier otro proyecto impropio o perverso […]»[45]. ¿No es esta la clase de prueba profesional con la que sueñan los historiadores pero que casi nunca encuentran? ¿Qué más podemos realmente esperar?

Incluso en sus propios términos, hay algo que Beard nunca consiguió explicar. ¿Por qué los Fundadores fueron tan francos acerca de sus intenciones contrarrevolucionarias? Una cosa es que compartiesen confidencias conspiratorias en sus reuniones secretas en Filadelfia y otra muy distinta, que Publius proclamase sus convicciones antipopulares en textos de propaganda electoral publicados en *The Federalist*. ¡Fuera lo que fuese lo que estaba haciendo Madison al escribir el núm. 10 de *The Federalist*, lo que está claro es que no estaba fundando Madison Avenue!

Pero ahora no hay motivos para leer a Beard en sus propios términos. Los últimos cincuenta años de interpretación de *The Federalist* han desacreditado, tanto como era posible hacerlo, las lecturas particulares de Beard. Y sin embargo, el fantasma de Beard sigue rondando. Aquí, como en todas partes, su imagen de la Fundación contrarrevolucionaria tiene algo de fascinante. Incluso aquellos críticos que han hecho todo lo posible para liberarnos de determinados errores se quedan extasiados por el cuadro básico que pinta Beard. Las consecuencias se hacen más evidentes cuando los principales comentaristas pasan de la crítica a su propia interpretación constructiva de *The Federalist Papers*. Aquí abundan las discrepancias, pues cada autor

[43] D. Adair, «The Tenth Federalist Revisited», en T. Colborne (ed.), *Fame and the Founding Fathers: Essays by Douglass Adair*, cit., p. 75.
[44] En *An Economic Interpretation of the Constitution*, cit., Beard afirmaba que su punto de vista económico «se basaba en la ciencia política de James Madison […] Los que se sentían inclinados a repudiar la hipótesis del determinismo económico como una importación europea [o sea, marxista] tuvieron por consiguiente que revisar sus puntos de vista al saber que una de las primeras y ciertamente más claras afirmaciones al respecto procedían de un estudioso de la política que estuvo en la Convención que redactó nuestra ley fundamental», *ibid*., pp. 14-16.
[45] *The Federalist*, núm. 10, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 84.

se apropia de estos para sus propios objetivos programáticos; debido a la cacofonía de voces, nadie consigue oír la voz del revolucionario Publius exhortando a sus conciudadanos a unirse en una política constitucional que podría permitirles trascender la facción y hablar en nombre del Pueblo.

Adair

Debemos a Douglass Adair el primer intento sistemático de eliminar de *The Federalist Papers* su barniz beardiano. En el estilo de los historiadores intelectuales, Adair se propone mostrar que fue Hume, y no Marx, quien proporcionó la llave maestra al núm. 10 de *The Federalist*. La afirmación de Beard de que su discurso sobre la facción equivalía a una teoría del «determinismo económico»[46] contenía algo más que un indicio del más temido de los pecados históricos: el anacronismo. Con independencia de lo que pueda decirse de Hume, ¡al menos Madison tuvo la posibilidad de leerlo!

Adair sugiere que la «Idea of a Perfect Commonwealth» de Hume, publicada por primera vez en 1752, proporcionó a Madison buena parte del material que utiliza en el núm. 10 de *The* Federalist[47]. Efectivamente, Madison podía haber sacado la parte más valiosa de la argumentación de Beard (la teoría de la facción contenida en el núm. 10) directamente de la «Idea of a Perfect Commonwealth» de Hume. Adair establece, además, que ni Hume ni Madison entendían el concepto de «facción» a la manera protomarxista. Si bien tanto Hume como Madison piensan que el propio interés económico es importante, ambos recalcan el papel que pueden jugar las facciones basadas en ideologías, sentimientos o personalidades rivales. El último capítulo se basa en esta idea para elaborar la teoría de la política ordinaria de Publius[48].

Yo sigo a Adair en otro punto importante: Madison no cree que haya nada inevitable en el hecho de que el gobierno refleje la voluntad de la facción económica dominante. Al contrario: el objetivo de la ciencia constitucional es poner controles y contrapesos entre facciones rivales para permitir que los representantes del Pueblo tengan un margen de maniobra para deliberar y perseguir el bien común. Una vez más, Adair formula sus argumentos siguiendo atentamente la influencia de Hume. Es la «Idea of a Perfect Commonwealth» de Hume, no el texto de Madison publicado en el núm. 10 de *The Federalist*, la primera en proclamar que las repúblicas grandes son la esperanza del futuro. Es la «Idea of a Perfect Commonwealth» de

---

[46] Véase, por ejemplo, el pasaje citado en la nota 44, supra.

[47] Véase D. Adair, «"That Politics May Be Reduced to a Science": David Hume, James Madison, and the Tenth Federalist», en T. Colborne (ed.), *Fame and the Founding Fathers: Essays by Douglass Adair*, cit., p. 93.

[48] Véase cap. 7, pp. 219-220, 227.

Hume, y no la de Madison, la que utiliza los procesos del gobierno representativo como filtro para seleccionar lo mejor y más brillante al servicio de la elite republicana de la nación.

Por todo esto, y mucho más, estoy en deuda con Aldair. Hay un gran peligro, sin embargo, en abordar *The Federalist Papers* a través de Hume. No se me ocurre ningún gran filósofo[49] que tenga menos simpatía por la empresa revolucionaria, que niegue el poder de las grandes ideas para mover a los seres humanos en una u otra dirección y mucho menos para inspirar una reforma revolucionaria constructiva. El objetivo de la filosofía de Hume es trascender esos entusiasmos ingenuos, no aceptarlos. Así, la intensa atencion prestada por Adair a Hume bloqueó su recuperación del proceso de producción normativa de carácter superior de los Fundadores. Más que revolucionarios triunfantes, los Federalistas parecen escépticos humeanos extremadamente orgullosos de su éxito al colocar la república en manos de los caballeros-escépticos más brillantes que era posible encontrar a este lado del Atlántico. Igual que con Wood, un inspirado intento de romper con la sabiduría convencional acaba describiendo otro epiciclo beardiano[50].

Diamond

Encuentro parecidos desequilibrios en las importantes contribuciones de Martin Diamond. Aunque un ensayo temprano cuestiona con toda la intención la opinión «predominante» que había convertido a los Federalistas en «casi, o incluso, unos antidemócratas»[51], Diamond nunca hace justicia a los motivos revolucionarios que tenían los Fundadores para suponer que podían

[49] Por lo que respecta a los revolucionarios, el Hume historiador fue al menos tan importante como el Hume filósofo o el Hume estudioso de la política. Cada vez más, políticos como Jefferson y Adams llegaron a considerar la historia de Inglaterra de Hume como «veneno» *tory* corruptor de una sensata interpretación *whig* de las raíces de la Revolución Americana. Véase Douglas Wilson, «Jefferson v. Hume», *William & Mary Quarterly*, vol. 46, 1989, p. 27.

[50] Es un gran mérito de Adair que su entusiasmo por Hume no le impidiera constatar este aspecto de los Fundadores. Uno de sus artículos más importantes reflexiona sobre el extravagante orgullo mostrado en su actividad revolucionaria, su insaciable deseo de fama: «la pasión dominante en las mentes más nobles», D. Adair, «Fame and the Founding Fathers», en T. Colborne (ed.), *Fame and the Founding Fathers: Essays by Douglass Adair*, cit., pp. 3, 24. En sí misma, la *hubris* de los Fundadores no es precisamente una de sus características más atractivas, aunque Adair sugiere con razón que su pasión por la fama no proyecta dudas sobre la imagen que dibuja Beard de ellos como un puñado de tacaños obcecados a la caza de su propio interés. Adair nunca llegó a considerar seriamente las ideas muy poco humeanas de la virtud revolucionaria y la legitimidad, capaces de redimir, si es que algo podía hacerlo, la *hubris* de los Fundadores.

[51] Martin Diamond, «Democracy and *The Federalist*: A Reconsideration of the Framers' Intent», *American Political Science Review*, vol. 53, 1959, pp. 52, 53. Como Adair, Diamond nunca consiguió escribir el libro que podía haber servido para proporcionar una interpretación exhaustiva de *The Federalist*.

hablar en nombre del Pueblo[52]. Este fracaso es especialmente curioso porque Diamond, como Hannah Arendt, hace hincapié en el rol de los ideales de la Grecia clásica al interpretar *The Federalist Papers*. Difiere radicalmente de ella, sin embargo, en las lecciones que extrae de la experiencia griega. Para Arendt, el compromiso de los Fundadores con una revolución triunfante les permitió acercarse mucho a recuperar una dignidad de estilo griego para la política. Para Diamond, el contraste con los clásicos solo pone de manifiesto lo mucho que se había alejado la Norteamérica ilustrada del original griego. Mientras que los antiguos tenían por objetivo la virtud, *The Federalist* de Diamond se caracteriza precisamente por su apreciación de la vulgaridad sin adornos de la política estadounidense.

Diamond organiza su argumentación basándose en la lectura que hace Adair del núm. 10 de The Federalist[53]. Adair subrayaba que el texto de Madison trata el propio interés económico solo como una de las cuatro causas de facción. Otras facciones madisonianas se forman en torno a personalidades atractivas, o en torno a sentimientos o ideologías. Diamond explora esta tipología cuádruple y encuentra un perturbador sesgo en el tratamiento del núm. 10. Aunque Madison condena todos los tipos de facción, su tono varía en función del tema. Se opone enérgicamente a todas las facciones ideológicas que enardecen a la ciudadanía con «celo por diferentes opiniones relativas a la religión» o a otros asuntos que los antiguos hubiesen considerado fundamentales. Pero cuando se ocupa de economía Madison, es más cauteloso: dado que la propiedad constituye «la fuente más común y duradera de facción», el Madison de Diamond propone un enfoque más selectivo: aunque todas las facciones son malas, algunas son peores que otras. Las que son realmente amenazadoras surgen de «la distribución desigual de la propiedad». Las facciones que organizan a los pobres contra los ricos, a los deudores contra los acreedores, le parecen tan peligrosas a Publius como aquellas que enfrentan a los protestantes contra los católicos.

Comparada con la guerra de clases, una segunda posibilidad parece casi benigna. Si no se distrae a la ciudadanía con llamadas a la salvación religiosa

---

[52] Véase su «The Revolution of Sober Expectations», en Irving Kristol, Martin Diamond y Warren Nutter, *The American Revolution: Three Views*, Nueva York, American Brands, Inc., 1975, p. 57. Diamond afirma que la Declaración de Independencia «limitaba las peligrosas pasiones de la revolución solamente al derrocamiento de un gobierno tiránico. No daba permiso a los nuevos gobernantes para utilizar directamente estas pasiones revolucionarias en la confección de un nuevo gobierno. La confección de un nuevo gobierno tendría que haber encontrado su camino en una senda desconocida que era necesario recorrer de forma sobria y prudente», *ibid*, p. 70. Diamond quiere hacernos entender que los Federalistas respetaron esta notable limitación que él encuentra en la Declaración, sin confrontarla, ¡ay!, con aquellos *Federalist Papers* que explícitamente hablan con la voz revolucionaria de los Fundadores. Véase el cap. 7, pp. 203-208 de esta obra.

[53] M. Diamond, «Ethics and Politics: The American Way», cit., contiene la afirmación más contundente de sus puntos de vista. Un simposio sobre el pensamiento de Diamond puede encontrarse en «Dimensions of the Democratic Republic, A Memorial to Martin Diamond», *Publius*, vol. 8, núm. 3, verano de 1978.

o a la igualdad económica, Madison espera de ella que forme grupos de interés especiales para favorecer su propia actividad económica particular: cultivadores de algodón, exportadores, fabricantes, cada uno de ellos tratando de incrementar su parte del pastel a expensas de los demás. Diamond señala que Madison no se opone a este tipo de facción con el mismo fervor que a otras, sino que desea utilizarlas como parte de su diseño constitucional. Publius confía en que la proliferación de grupos de interés especiales tirará en diferentes direcciones y hará que se cancelen unos a otros. Esto aumentará la capacidad de los representantes electos para trascender los puntos de vista de las facciones rivales, dando una importancia primordial a los derechos de los ciudadanos y a los intereses permanentes de la comunidad. Naturalmente, esta estrategia del divide y vencerás solo funcionará si el esquema constitucional está sutilmente estructurado para alentar la elección de «estadistas ilustrados» y para recompensarlos para que en sus deliberaciones se tomen el bien público en serio[54]. La proliferación de grupos de interés especiales no es ni mucho menos toda la historia, ni Diamond supone otra cosa. Diamond quiere simplemente aislar un aspecto importante del genio de Madison: había descubierto «una nueva forma de encauzar la corriente de la política»[55], una forma que prometía a la nueva república comercial una estabilidad que trágicamente no había conseguido la polis clásica.

Y sin embargo, Diamond no puede evitar sentirse impresionado por la vulgaridad de todo ello: la «deliberada propensión» del número 10 de *The Federalist* en contra de las «opiniones grandiosas, sobrecogedoras y ennoblecedoras pero socialmente demoledoras acerca de la justicia y de la virtud»[56]; su ansioso abrazo al «mundo moderno, cuyo sustrato consiste en estos intereses estrechos y fragmentados»[57]. Estabilidad, sí, pero ¿a qué precio? Pese a su admiración por la grandiosidad de Grecia, Diamond no supone que sea posible volver atrás. Se consuela reflexionando que podría ser peor. Al menos, el sistema de gobierno madisoniano deja algo de espacio privado para que la minoría filosófica se dedique a las ideas; al menos, la república comercial alienta a sus ciudadanos a cultivar un conjunto modesto de virtudes si pretenden triunfar en el mercado. No es la Grecia clásica, pero tampoco es la Rusia estalinista.

Hay cierta profundidad en la resignación de Diamond, una profundidad que distingue sus ensayos del grueso de la erudición sobre *The Federalist*. Hay también intuiciones importantes respecto a la forma característica que tiene el sistema estadounidense de conseguir estabilidad tentando a una miríada de intereses especiales a participar en el juego de

---

[54] Véase cap. 7, pp. 219-221, supra.
[55] M. Diamond, «Ethics and Politics: The American Way», cit., p. 91.
[56] *Ibid*, p. 92.
[57] *Ibid.*, p. 91.

la política ordinaria. Pero también hay grandes cegueras. Diamond está tan encantado con la figura del charlatán que no parece darse cuenta de la existencia de los equivalentes a Abraham Lincoln y Martin Luther King.

O del propio Publius. Diamond simplemente ignora aquellas porciones de *The Federalist Papers* que le permitirían oír la voz del Publius revolucionario, la voz que llama a los norteamericanos a movilizarse para proceder a una ardua lucha para reconstruir los fundamentos de su identidad constitucional. En este importante sentido, Diamond sigue siendo esclavo de la imagen que tiene Beard de la Fundación[58].

Del Progresismo al Neofederalismo

Ha llegado la hora de poner a Beard en su lugar. Él y sus colegas progresistas dijeron algunas verdades importantes y obtuvieron algunas victorias importantes, pero no podemos permitir que sus verdades, convertidas en tópicos, impidan nuestra búsqueda de autoentendimiento.

Los progresistas no pueden entenderse al margen de su objetivo: el capitalismo no regulado de comienzos del siglo XX. Dada su lucha por la reforma, los progresistas contemplaron la Fundación con una profunda desconfianza. Después de todo, sus oponentes estaban convirtiendo el compromiso de la Constitución con la propiedad y los contratos en una poderosa arma en defensa del *statu quo*. Era natural que reaccionasen desmitificando a la Fundación, vaciando las pretensiones de virtud cívica de los Federalistas.

Pero ya es hora de reconocer que la batalla progresista contra el capitalismo no regulado ha sido ganada. Cincuenta años después del *New Deal*, incluso los estadounidenses conservadores han aprendido a vivir en un Estado del bienestar intervencionista. Sin duda, la mezcla moderna de mercados regulados y bienestar social será reconfigurada durante generaciones de debate político, movilizaciones y toma de decisiones. Los Estados

[58] Hay una paradoja aquí. A Diamond no se le sitúa normalmente a la sombra de Beard, sino como un distinguido seguidor de una eminencia gris muy diferente de la posguerra, Leo Strauss. De hecho, la fuerza de la lectura que hace Diamond del núm. 10 de *The Federalist* es en sí misma un homenaje a Strauss, ya que los temas que trata son los mismos *leitmotivs* que el propio Strauss elaboró en su encuentro con otros muchos grandes textos de la tradición política occidental. Es igualmente cierto, sin embargo, que Diamond heredó los defectos de Strauss: en este caso, la profunda hostilidad de su maestro al espíritu revolucionario de los tiempos modernos. Aquí es donde la senda trazada por Strauss converge paradójicamente con la senda trazada por Beard. Ambos niegan, si bien por razones muy diferentes, la importancia del aspecto revolucionario del pensamiento federalista. Discrepan simplemente acerca de si Publius es un brillante precursor de Marx o un no menos brillante lamentador de la perdida virtud clásica. Otros ensayos al estilo de Strauss son: David Epstein, *The Political Theory of The Federalist*, Chicago, Chicago University Press, 1984, y Thomas Pangle, *The Spirit of Modern Republicanism: The Moral Vision of the American Founders and the Philosophy of John Locke*, Chicago, Chicago University Press, 1988.

Unidos del año 2090 serán tan diferentes de los de hoy, como estos lo son de los de 1890.

Sin embargo, *estamos* en 1990, y el mundo ha cambiado en el siglo transcurrido desde que Beard formuló su crítica. Gracias en parte a Beard y a sus colegas progresistas, la mayoría de estadounidenses ya no considera amenazador reconocer lo obvio: los Fundadores tenían un concepto del derecho a la propiedad muy diferente del que prevalece actualmente en Estados Unidos. Se hubieran sentido profundamente trastornados por nuestra moderna «rabia por el dinero, la abolición de las deudas, la división igualitaria de la propiedad» y cualquier otro proyecto «impropio o perverso»[59]. En vez de repetir hasta la saciedad este hecho, la cuestión es si podemos ir más allá y aprender todavía algo de los Fundadores que siga siendo esencial.

Mi respuesta afirmativa distingue dos aspectos del logro de la Fundación que los progresistas mezclaban en un todo único: el *proceso revolucionario* por medio del cual los Federalistas movilizaron el apoyo popular a favor de sus reformas constitucionales, y *la sustancia orientada a la defensa de la propiedad* de su particular visión social. Desde el *New Deal*, los estadounidenses modernos han revisado profundamente la sustancia orientada a la defensa de la propiedad de la visión federalista pero ¿han rechazado también el proceso federalista?

No lo creo. Todavía nos queda mucho por aprender de la democracia dualista de *The Federalist*. Pero si hemos de tomarnos en serio estas enseñanzas, hemos de jubilar a otra de las vacas sagradas de Beard. Me refiero a la tendencia reduccionista a trivializar todo el ámbito de la política considerándolo como un reflejo de cosas más fundamentales que se producen en otros lugares de la sociedad. Esta tendencia reduccionista no es en absoluto exclusiva de los marxistas o de los progresistas chapados a la antigua; hoy es por lo menos igual de común en la derecha que en la izquierda[60].

Derecha, izquierda o centro, hay que resistirse a esta tendencia en nombre de un punto de vista mejor. La política es un ámbito relativamente autónomo de la vida, con sus propios significados simbólicos, sus propias prácticas y dinámicas. Esto no significa que debamos adoptar el punto de vista absurdamente idealista de Arendt según el cual el discurso político es

---

[59] Véase *The Federalist,* núm. 10, C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 84.

[60] El burdo reduccionismo anteriormente practicado por los «marxistas vulgares» puede encontrarse hoy, convenientemente matematizado, en la obra de destacados miembros de la Escuela Económica de Chicago. Véase Gary Becker, «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, 1983, p. 371; Sam Peltzman, «Toward a More General Theory of Regulation», *Journal of Law & Economics*, vol. 19, 1976, p. 211. Para una forma menos matemática de reduccionismo, véase J. Diggins, *The Lost Soul of American Politics: Virtue, Self-Interest, and the Foundations of Liberalism*, cit.

o debería ser totalmente autónomo respecto al interés social y económico. Basta con ser decididamente no reduccionista: del mismo modo que el interés económico no predetermina la política, tampoco los significados políticos predeterminan los intereses económicos. Simplemente no hay un solo aspecto de la vida que sea el «motor de la historia», ni siquiera «en última instancia». Hemos de tomarnos en serio la compleja interacción existente entre los ámbitos social, económico, psicológico y político, y no dejar que un solo ámbito monopolice nuestro intento de explicación causal o de autoentendimiento filosófico.

Dado el papel que han jugado tanto la política constitucional como el derecho constitucional en la lucha de Estados Unidos por el poder y por el autoentendimiento, ¿no tenemos la obligación con nosotros mismos de tomarnos este ámbito en serio? No porque contenga la última palabra respecto a lo que significa ser estadounidense (ningún ámbito es lo bastante rico para ello), sino porque seguramente, sin Publius, faltaría una pieza importante del rompecabezas, y tendríamos que preguntarnos qué ha sido de su espíritu revolucionario.

9
LA POLÍTICA ORDINARIA

Del revolucionario triunfante al ciudadano privado

Hemos estado considerando la Constitución como la obra de unos revolucionarios triunfantes. Para ellos, la buena vida *es* la vida política; el paradigma de virtud es alguien, como George Washington, que consigue su máxima realización sacrificando sus intereses privados en aras del bien público[1]. Pese a este gratificante punto de partida, Publius trasciende su situación histórica para vislumbrar otra posibilidad: un mundo de hombres y mujeres privados que obtienen sus satisfacciones más profundas de una vida muy alejada del foro político.

De manera nada sorprendente, Publius contempla este mundo con ansiedad. Estas personas privadas auguran problemas públicos, una indiferencia de las facciones por el bien público. La grandeza de Publius se pone de manifiesto en su respuesta. Él no trata de suprimir estas formas desagradables de vida. Utiliza la norma constitucional para acomodarse al privatismo en nombre de la libertad cívica. Propone la democracia dualista en un acto de autotrascendencia para llegar a unas personas que viven en unas circunstancias históricas infinitamente diferentes de las suyas.

Estas personas, notablemente, somos nosotros mismos. Dejando de lado todas las obvias diferencias sociales y económicas, nosotros no vivimos en los rescoldos de una revolución victoriosa. Cuando hablamos de virtud no pensamos en George Washington ni en su equivalente actual (por otra parte, ¿quién podría ser?). Hemos tenido nuestra propia dosis de éxitos (y de fracasos) políticos. Pero para los estadounidenses contemporáneos la vida política es solo uno de los muchos ámbitos en los que puede encontrarse la virtud. Una persona que consiga preservar su integridad y dejar su huella en política es indudablemente alguien que merece ser elogiado pero ¿merece serlo más que alguien que contribuya al arte, a la ciencia, a la industria, o al tráfago normalmente no tan exaltado de la decencia, el amor

[1] G. Wills, *Cincinnatus: George Washington and the Enlightenment*, cit.

y la responsabilidad? Si alguien concluye que la vida política no es para él, no hemos de precipitarnos a condenarle como si eso fuera un fallo moral. Tal vez tiene razón al pensar que tiene cosas mejores que hacer que emular a Publius. El ámbito político simplemente no domina nuestra conciencia moral como lo hacía en la generación revolucionaria.

En cierto modo, esto solo hace la economía federalista de la virtud más relevante a nuestra situación política. Si la política no es la senda preeminente a la virtud, es aún más importante que la Constitución saque el máximo partido de lo poco que podemos esperar. Sin embargo, en una aproximación superficial, la gran importancia que Publius asigna a la vida política puede ser un escollo interpretativo para aquellos ciudadanos modernos cuya conciencia moral le otorga un lugar menos central. La democracia dualista será más convincente si podemos ver qué sentido tiene en el seno de nuestra propia concepción, más pluralista, de la buena vida.

Este capítulo representa un intento de adaptación moderna invirtiendo la perspectiva. Pese a la distancia que nos separa de Publius, quizá podamos encontrar puntos de coincidencia en un difícil deseo de obtener credibilidad en dos mundos de significado muy diferente. Naturalmente, el mundo en el que la mayoría de estadounidenses modernos se sienten más seguros es precisamente el lugar que Publius contempla con ansiedad. Es un lugar en el que nos dedicamos a un gran número de cosas que a menudo desplazan a la política: el deporte, la ciencia, la religión, la familia, los amigos y las cosas de la vida. Y sin embargo, pese a la expresa inquietud que sentimos por nuestros destinos personales, continuamos afirmando nuestra capacidad de hablar de «los derechos de los ciudadanos y de los intereses permanentes de la comunidad».

Para recalcar esta capacidad política nos llamamos a nosotros mismos *ciudadanos privados*, fundiendo sin esfuerzo las dos palabras en una sola locución. Pero si bien esta autoidentificación puede parecer parte de una segunda naturaleza, hay algo desconcertante en el concepto de ciudadanía privada. Reflexionando sobre el mismo podemos llegar a una apreciación renovada del sistema de democracia dualista que hemos heredado de los Fundadores.

Introduciré el problema mediante el contraste de este ciudadano privado respecto a otros dos tipos políticos: el *ciudadano público* y el *privatista perfecto*. Ambas figuras desempeñan efectivamente unos papeles reconocibles en el mundo político en el que vivimos. Solo que ocupan un lugar más importante en los libros que en la vida y no podemos dejar que eclipsen al tipo característico de animal político que los estadounidenses califican de ciudadano privado. Reflexionando sobre las tensiones características experimentadas por esta figura política estadounidense, nos encontraremos a nosotros mismos recorriendo una senda más moderna hacia la Constitución dualista.

Un tercer tipo

Introduciré al ciudadano privado considerando las dos cosas negativas que previsiblemente dirán respecto a él dos figuras políticas rivales.

La crítica del ciudadano público

La primera crítica procede de unos tipos exultantes que se rebelan contra los innumerables equilibrios que hace el ciudadano *privado* en su compromiso en curso con la empresa del autogobierno. Observan con desdén cómo el estadounidense medio no deja de mirar el reloj, calculando ansiosamente los minutos que dedica a la política para que no desplace a sus compromisos privados más apremiantes. Esta omnipresente necesidad de economizar la propia inversión en la empresa del gobierno es un rasgo básico del ciudadano privado tal como se entiende normalmente.

Para los puristas, sin embargo, este omnipresente recorte de tiempo y energía hace que el ciudadano privado sea una figura demasiado gastada y comprometida como para considerarla realmente valiosa. Nos exhortan a contemplar la ciudadanía como una vocación superior, como la fuente de los valores más profundos a los que hombres y mujeres pueden ordinariamente aspirar. En vez de recortar las demandas de ciudadanía para adecuarlas a nuestras necesidades más rutinarias de satisfacción personal, hemos de aprender a situar la esfera privada en el lugar que le corresponde. Comparada con la ciudadanía pública, la vida privada representa un nivel inferior de la existencia.

El capítulo anterior introdujo este punto de vista en su encuentro con Hannah Arendt[2]. A efectos de lo que nos interesa aquí, una mirada a la práctica política, no a la teoría, puede sernos útil. Un buen ejemplo reciente: Ralph Nader, que combina un ascetismo enérgico en su vida personal con un compromiso de dedicación más que exclusiva al bien público tal como él lo entiende. Nótese, además, que Nader se niega deliberadamente a ganarse la vida presentándose a un cargo público. Prefiere confiar en las contribuciones voluntarias de aquellos que respaldan sus esfuerzos para actuar, como dice él mismo, como un Ciudadano Público[3]. Esta autodescripción naderita contrasta claramente con la ciudadanía *privada* de la mayoría de estadounidenses, a condición de que subrayemos que el naderismo no es ni mucho menos el único ismo que inspira elevados niveles de compromiso público por parte de hombres y mujeres altruistas que desdeñan la posibilidad de ganar un salario elevado para trabajar ochenta

[2] Véase cap. 8, pp. 237-245.
[3] Este es el nombre adoptado por una organización muy conocida fundada por Nader.

horas a la semana en unos despachos de mala muerte en Washington y otros muchos lugares del país. En la izquierda, en la derecha y en el centro hay muchos más ciudadanos públicos hoy que en ningún otro momento de nuestra historia. No me cabe ninguna duda que estas personas jugarán un papel crucial en la política constitucional de nuestro futuro, igual que otras como ellas lo hicieron en nuestro pasado.

De momento, estoy más interesado en señalar el contraste entre estos ciudadanos públicos y los millones de estadounidenses que ven la televisión, leen el periódico, hablan de política con sus familias, amigos y compañeros de trabajo en una enorme variedad de sindicatos, iglesias, organizaciones de voluntarios, etc. Si algo nos permite decir que Estados Unidos sigue siendo una república democrática, y no una mezcla más o menos moderna de aristocracia y oligarquía, es la implicación de estos millones de personas en la vida de la nación. Por mucho (o poco) que uno admire al puñado de ciudadanos públicos que viven entre nosotros, solo una concepción empática de la ciudadanía privada proporcionará un marco para la evaluación del estado democrático de la República y nos acercará a una apreciación neofederalista del constitucionalismo dualista.

La crítica del privatista perfecto

Vamos ahora a delimitar nuestro tema abordándolo desde una segunda dirección, opuesta a la primera. Desde este extremo, el problema con el ciudadano privado es que es *demasiado* serio acerca del intento colectivo de definir «los derechos de los individuos y los intereses permanentes de la comunidad». Para el privatista perfecto, tal como lo definiré a continuación, la forma correcta de responder a la pregunta ¿qué es bueno para el país? es tratándola como una manera extravagante de preguntar ¿qué es bueno para mí?

Aunque los griegos llamaban *idiotas* a estas personas, no es necesario que adoptemos este punto de vista tan poco comprensivo. En vez de hacer negocios con un amoral egoísta, podemos estar tratando con una persona profundamente religiosa que se niega totalmente a permitir que unas conversaciones acerca de la comunidad terrenal le distraigan de las cosas que realmente importan; o con alguien que cree en la moral personal pero que se muestra escéptico respecto al lugar que ocupa la moral en política; o …

Mi objetivo aquí no es «refutar» estas dudas escépticas. Mi objetivo es contrastarlas con los compromisos más afirmativos del ciudadano privado. Aunque este tipo de persona no siga al ciudadano público considerando que la política es su gran vocación, tampoco se identifica con las dudas escépticas del privatista perfecto. Está diciendo algo diferente. Está dando

valor a la ciudadanía sin conceder que esta *debe* imponerse siempre por encima de los valores de su vida privada.

Los dilemas de la ciudadanía privada

Aunque la mayoría de los estadounidenses responde al nombre de ciudadano privado, han aprendido a no tomarse sus promesas de virtud cívica *demasiado* en serio. Incluso llegar a comprender de una manera empírica rudimentaria un problema nacional a menudo lleva mucho trabajo. Y aunque ocasionalmente podamos hacer este esfuerzo, un constante compromiso con una ciudadanía informada puede desviar excesivamente nuestras energías de las luchas de la vida diaria.

Por encima del problema de la información, descollan los dilemas morales de la ciudadanía estadounidense. Una serena consideración del interés nacional puede indicar que los intereses locales y personales tienen que sacrificarse al bien general. Y sin embargo, este mensaje será recibido con perplejidad, o con algo peor, por amigos y vecinos incapaces de ver más allá de sus intereses parroquiales. No es muy sorprendente, pues, que la mayoría de la gente raramente asuma la pesada carga de Publius.

Por comprensible que sea su limitada implicación en la vida pública, el ciudadano privado reflexivo ha de reconocer que en un sistema de gobierno democrático ello genera tres problemas interrelacionados. El primero es la apatía. La existencia de muchos ciudadanos *privados* puede desmoralizar a aquellos que de otro modo quizá invertirían más energía en la *ciudadanía* privada: si tantos otros se preocupan solo esporádicamente por la política nacional ¿no es una tontería que yo siga manteniendo la lucha? El segundo problema es la ignorancia. Dada su limitada implicación, la mayoría de estadounidenses no estará en condiciones de emitir un juicio reflexivo sobre la mayoría (y a veces sobre ninguno) de los temas que preocupan a los políticos en Washington, DC. Y finalmente está el problema del egoísmo. Sin emprender un examen serio de «los derechos de los ciudadanos y de los intereses permanentes de la comunidad»[4], ¿acaso no es muy probable que las primeras impresiones políticas del ciudadano privado den demasiada importancia a unos intereses estrechamente egoístas?

[4] Quizá convenga una nota relativa al origen de esta fórmula, que no aparece en ninguna parte de The *Federalist Papers* de la forma expresamente «citada». Yo la he derivado de la definición que da Publius de «facción» en el núm. 10 de *The Federalist*: un grupo motivado por una pasión o interés «adverso a los derechos de otros ciudadanos o a los intereses permanentes y conjuntos de la comunidad». *The Federalist,* núm. 10 (J. Madison), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 78. La formula del texto convierte en positivo este negativo. Yo utilizo las comillas (¿legítimamente?) para sugerir que esta definición neofederalista tiene raíces verbales en los propios *Federalist Papers*.

La democracia coercitiva

Apatía, ignorancia, egoísmo: sin menospreciar estas desgracias, considérese el desastre que podría producirse si se realizase un esfuerzo concienzudo para erradicarlas. Digamos que el remedio sería la democracia coercitiva. Si la mayoría de la gente no se toma en serio la política nacional, simplemente obliguémosla a prestar atención. Cada día, cada ciudadano privado debería ser obligado a dedicar una o dos horas a discutir los sucesos de actualidad. Con el tiempo, esto les alentaría a formular juicios políticos meditados. Y si estas discusiones pusiesen de manifiesto que las masas están atrapadas en la protección de intereses locales menores, ¿no podríamos tal vez contar con unos ciudadanos públicos especialmente cualificados que llevasen a sus conciudadanos hacia adelante y hacia arriba, hacia un punto de vista auténticamente nacional y de contenido cívico de los problemas del país?

Es fácil considerar que esta visión fría de la democracia coercitiva es totalmente inaceptable. El ciudadano privado actual se une a Publius al condenar la democracia coercitiva como «un remedio […] peor que la enfermedad»[5]. Indudablemente hay momentos en que una democracia liberal puede llamar con toda la razón a sus ciudadanos privados a morir en defensa de su país[6]. Las exigencias impuestas en momentos de crisis no han de confundirse, sin embargo, con el lugar normal que ocupa la ciudadanía en la autocomprensión estadounidense ordinaria. Hablando en general, depende de cada estadounidense decidir cuánto tiempo y energía dedicará a la *ciudadanía* privada y cuánto, a la ciudadanía *privada*. Si esto significa que la política nacional se verá aquejada a menudo de apatía, ignorancia y egoísmo, todos tendremos que aprender a aguantarnos.

Las votaciones ordinarias

Lo que no significa que ni siquiera el más *privado* de los ciudadanos haya de ser confundido con el privatista perfecto. Incluso durante la política normal, la Constitución dualista no puede prescindir totalmente de la virtud pública. Siguiendo a Publius hemos de aspirar a tener una apreciación realista de las existencias limitadas de ciudadanía disponibles en la política ordinaria. Y después hemos de hacer un intento decidido de estructurar nuestras instituciones de producción normativa de carácter superior de un modo que haga el mejor uso posible de dichas existencias.

---

[5] *Ibid*.

[6] Aunque hay ocasiones en las que el pueblo debería rechazar conscientemente esta exigencia en nombre de algún ideal que es superior a la ciudadanía democrática. Mis propias opiniones al respecto pueden encontrarse en B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, cit., §62, pp. 293-301.

El siguiente bosquejo trata de rescatar algunas de las ideas básicas de los Federalistas respecto a la economía política de la virtud. Por un lado, presentaré un cuadro del gobierno estadounidense que insiste, frente a una serie de puntos de vista economicistas que están de moda[7], en la absoluta necesidad de un determinado tipo de virtud en el funcionamiento normal del sistema democrático. Por otro lado, trataré de recuperar una perspectiva publiana sobre el carácter problemático de la representación democrática durante la política ordinaria. Mi objetivo será describir, de un modo tan poco místico como sea posible, el sentido en el que nuestros representantes normalmente elegidos son solo «sucedáneos» del Pueblo y que en general no deberíamos suponer que cuando hablan, *es el propio Pueblo el que habla*, si se me permite utilizar una cursiva publiana. A su vez, esto preparará el terreno para la discusión del siguiente capítulo sobre política constitucional, que trata de definir en qué condiciones esta producción normativa de carácter superior es apropiada.

El voto como un acto de ciudadanía privada

Empecemos por la pregunta primordial, ¿qué cantidad y qué tipo de virtud cívica se requiere antes de que el gobierno estadounidense normal pueda seguir gobernando?

Vayamos de abajo a arriba con un experimento mental:

> *Las últimas elecciones*. Supongamos que los colegios electorales abren un futuro martes de noviembre y solo unos centenares de miles de votantes acuden a depositar sus papeletas en las urnas para elegir Presidente; los más de cien millones de votantes restantes deciden ocuparse de sus asuntos cotidianos e ignoran el acontecimiento.

Conclusión: La democracia ha muerto en Estados Unidos, no de un modo espectacular, sino de una muerte lenta, pero tan evidente como si los marines hubiesen ocupado el Capitolio. De hecho, la demostración de tanta apatía y despreocupación provocaría probablemente un golpe de Estado,

[7] Probablemente la presentación más «filosófica» de estos puntos de vista ha de buscarse en James Buchanan, *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago, Chicago University Press, 1975; James Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962; para un reduccionismo aún más burdo, véase Gary Becker y George Stigler, «De Gustibus Non Est Disputandum», *American Economics Review*, vol. 67, 1977, p. 76. Este corrosivo escepticismo relativo a la ciudadanía está empezando, previsiblemente, a tener un impacto en los estudios legales. Véase, por ejemplo, Frank Easterbrook, «Statutes Domains», *University of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, p. 533. Para un correctivo útil, véase John Macey, «Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model», *Columbia Law Review*, vol. 86, 1986, p. 223.

aunque unas elecciones que pusieran de manifiesto una implicación tan escasa de la opinión pública ya habrían convertido en una farsa las afirmaciones de legitimidad democrática de los vencedores. Así, pues, si nuestro objetivo es sondear las profundidades de la virtud cívica necesaria para el gobierno normal, podemos empezar por aquí: ¿qué cantidad de esta mercancía escasa ha de poseer la ciudadanía en general si se pretende evitar que tengan lugar las Últimas Elecciones?

La respuesta: más de la que podríamos ingenuamente suponer. El villano es el problema del *free-ride*, cuyo análisis ha sido llevado a nuevas profundidades por la última generación de economistas políticos[8]. A efectos de lo que nos interesa aquí, la cosa está bastante clara[9]. Aunque voten cientos de miles de personas, la posibilidad de que mi voto decida el ganador es evanescentemente pequeña; llamémosla épsilon, ε. Este simple hecho genera el problema del oportunismo.

Para entenderlo, considérese qué aspecto tiene desde el punto de vista del perfecto privatista. Dado que, por definición, solo se preocupa de sí mismo, acudirá a las urnas solo si los beneficios que obtiene con ello superan a los costes. Y si bien los costes de ir a votar parecen pequeños (la media hora que se pierde desplazándose al colegio electoral, haciendo cola y depositando la papeleta en la urna), los beneficios de hacerlo parecen aún menores. Nuestro privatista, por supuesto, puede obtener un gran beneficio personal si el candidato A se impone al candidato B, un beneficio que, a modo de ilustración, quizás valore en unos 10.000 dólares. Pero esta cifra no mide el beneficio que él considera que obtiene votando, ya que la suerte electoral de A no se decidirá normalmente por un solo voto. Y en todos los demás casos, el privatista obtendrá o no sus 10.000 dólares independientemente de si decide acudir o no a votar. Así pues, el privatista que tiene las ideas claras introducirá el factor épsilon (la posibilidad de que su voto sea decisivo) en su personal ecuación de coste/beneficio antes de decidir si acude a votar. Y dado que épsilon es un número evanescentemente pequeño, los números mayores de 10.000 se verán reducidos a un tamaño tan pequeño que incluso la pérdida de media hora de su tiempo le parecerá un gasto enorme. Al fin y al cabo, hay un montón de formas mucho más agradables de perder el tiempo que hacer cola en un colegio electoral, como, por ejemplo, yendo a la iglesia, cortando el césped del jardín o leyendo en una revista consejos para invertir en bolsa ¿Acaso estas inversiones no serían más rentables que (10.000)(ε), es decir, casi igual a cero?

[8] Para la declaración clásica, véase Mancur Olson, Jr., *The Logic of Collective Action*, Cambridge (MA) y Londres, Harvard University Press, 1965.

[9] Para una lúcida valoración del fracaso de los esfuerzos hechos por algunos estudiosos modernos para explicar a los perfectos privatistas por qué tendrían que ir a votar, véase Dennis C. Mueller, *Public Choice II*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 351-353.

Y no me digan que si todo el mundo pensase de esta manera el pueblo estadounidense se encontraría inevitablemente con el día de las Últimas Elecciones. El perfecto privatista no cambiará de actitud. Aunque hiciese el esfuerzo personal de acudir a votar, esto solo aumentaría el número de votantes de 600.000 a 600.001. Su decisión personal no sería suficiente para evitar las Últimas Elecciones: la democracia normal solo sobreviviría si decenas de millones de personas se toman la molestia de votar. Y nada que él haga personalmente hará que esto suceda. Aunque el privatista valore mucho los beneficios personales de la persistencia de la democracia, el valor reducido de *su* voto seguirá siendo casi nulo.

Se sigue de ello que una participación de votantes importante no existiría en un mundo de privatistas perfectos. Unas elecciones normales requieren que decenas de millones de estadounidenses vayan más allá del privatismo y se declaren a sí mismos ciudadanos privados[10]. Han de estar preparados, parte del tiempo al menos, para sacrificarse por el bien común. Es cierto que perder media hora de tu tiempo haciendo cola y depositando una papeleta en una urna no es un gran sacrificio. El ciudadano público no se lo pensará dos veces antes de hacerlo, pero para que el ciudadano privado reconozca que es una obligación, habrá que darle argumentos adicionales.

Es fácil ver por qué. En contraste con el ciudadano público, nuestro ciudadano privado niega tener la obligación de maximizar la producción de todos y cada uno de los bienes públicos, ya que aceptar esta onerosa obligación le haría imposible perseguir los bienes privados que tanto valora. Antes de convencerle de que tiene la obligación de ir a votar, hemos de explicarle qué tiene de especial eso de votar y en qué se distingue de otros tantos bienes públicos la persecución de los cuales es encomiable pero no obligatoria. ¿Qué tiene, pues, de especial?

Tres cosas, tomadas juntas, hacen que votar sea algo especial. La primera es aburrida pero importante y tiene que ver con el carácter temporalmente

---

[10] No soy ni mucho menos el primero que llega a esta conclusión. Véase, por ejemplo, Stanley Benn, «The Problematic Rationality of Political Participation», en Peter Laslett y James Fishkin (eds.), *Philosophy, Politics and Society*, New Haven, Yale University Press, 1979, p. 291; R. E. Goodin y K. W. S. Roberts, «The Ethical Voter», *American Political Science Review*, vol. 69, 1975, p. 926. Existe, creo yo, una amplia apreciación de la necesidad de ir más allá de la noción privatista del sujeto humano que dan normalmente por supuesta los economistas neoclásicos. Véase Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979 [ed. cast.: *Ulises y las sirenas*, México DF, FCE, 2002]; Amitai Etzioni, *The Moral Dimension: Toward a New Economics*, Nueva York, The Free Press, 1988 [ed. cast.: *La dimension moral*, Madrid, Palabra, 2007]; Albert O. Hirschman, *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, Princeton, Princeton University Press, 1982; Howard Margolis, *Selfishness, Altruism, and Rationality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982; Amartya Sen, «Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory», *Journal of Philosophy and Public Affairs*, vol. 6, 1977, p. 324; Thomas Schelling, *Choice and Consequences*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984, p. 52-112.

limitado de las votaciones. Las demás exigencias de una buena ciudadanía son más abiertas. Considérese el interés público que tiene el hecho de que los ciudadanos adquieran una información adecuada acerca de los temas que forman parte de la agenda de los políticos en Washington, DC. Esta tarea puede devorar una cantidad enorme de tiempo y energía. En cambio, el acto de votar solo le exige desplazarse al colegio electoral dos o tres veces al año; de hecho, muchos ciudadanos privados solo reconocen la obligación de ir a votar en las convocatorias electorales que consideran más importantes.

En segundo lugar, el voto tiene una importancia estratégica en el funcionamiento del sistema como un todo. Mientras que el gobierno normal puede perdurar y perdura pese a la ignorancia, apatía y egoísmo de muchos ciudadanos, el escenario de las «Últimas Elecciones» representaría su destrucción. Además, el hecho de votar adquiere un papel diferente, pero igualmente estratégico, durante los periodos de política constitucional, en los que proporciona un mecanismo crucial para poner a prueba la afirmación de uno u otro movimiento de hablar *en nombre del propio Pueblo*[11]. Así, dedicando de vez en cuando media hora de su tiempo a votar, el ciudadano privado adquiere un producto político que tiene una buena relación calidad-precio. Y aunque la vulgaridad de enfocar las cosas de esta manera puede llegar a ofender profundamente al ciudadano público, para quien la vida política es la vida buena, no puede sino influir en el ciudadano *privado*, que siempre tiene que ahorrar la cantidad que posee de virtud pública para dejar sitio a otros aspectos de la vida que valora mucho.

En tercer lugar, votar es algo que todos los ciudadanos hacen juntos. Otras muchas actividades cívicas se llevan a cabo individualmente o en pequeños grupos. Uno lee o no cada día el periódico para mantenerse informado de los asuntos de actualidad; pero si lo hace, no lo hace normalmente en público, a la vista de todo el mundo. Ni siquiera cuando asiste a una reunión «crucial» de la junta de calificación de terrenos o participa en una marcha sobre Washington, no espera que todos los ciudadanos privados le acompañen. En cambio, votar es la forma paradigmática de participación *universal* de la ciudadanía. Si usted ni siquiera se molesta en votar, ¿cree realmente ser un ciudadano?

Esta no es una pregunta retórica. El perfecto privatista contestará seguramente de forma negativa. Pero esto es, en cierto modo, lo que trato de decir: si bien una democracia moderna tiene que aprender a economizar en virtud cívica, no puede esperar funcionar normalmente sin ella, incluso en la política ordinaria, donde el grueso de la ciudadanía no está atrapada por el carácter imperioso de los temas que ocupan un lugar central en la agenda política. Si un gran número de estadounidenses no responde a la

[11] Véase cap. 10, pp. 310-316.

obligación limitada, estratégica, pero universal que el hecho de tener que votar impone a los ciudadanos privados, no es posible esperar que perdure la tradición constitucional estadounidense del gobierno republicano.

Según este indicador, la República Moderna no está en muy buena forma. La lógica del privatismo perfecto no ha dejado de afectar a la mitad del censo electoral, que está «demasiado ocupado» con sus asuntos privados para destinar ni siquiera media hora a participar en la elección del Presidente del país. Y si estos porcentajes no son tan negativos como podría parecer[12], tampoco son muy positivos. De todos modos, todavía estamos bastante lejos de las Últimas Elecciones. La lucha por la Presidencia entre Bush y Dukakis (que seguramente planteó tan pocos temas apasionantes como cualquier otra elección de la que tengamos memoria) todavía atrajo a las urnas a decenas de millones de votantes.

Diciendo esto no estoy diciendo mucho. En particular, no estoy diciendo que la mísera cantidad de autosacrificio requerida para evitar las Últimas Elecciones sea *suficiente* para preservar la vida de la República estadounidense; solo digo que es necesaria. Si confiamos avanzar de las condiciones necesarias a las suficientes y vislumbrar todas las ocasiones en las que la Constitución requiere el ejercicio de la ciudadanía privada tanto en tiempos normales como en tiempos extraordinarios, se nos reduce el trabajo. Sin embargo, este primer ejercicio de economía neofederalista de la virtud nos ha llevado a una senda característica. Nos ha permitido ya rechazar el punto de vista curiosamente común de que es mejor concebir nuestra Constitución como «una máquina que funcionaría sola»[13], sin infusiones constantes, aunque limitadas, de virtud pública. Nos permitirá, además, dar un paso más y alcanzar una apreciación renovada de una idea fundamental de los Federalistas: la de la forma problemática en la que los ganadores de las contiendas electorales ordinarias representan al Pueblo.

El voto blando

La raíz de la dificultad es ésta: si bien nuestro ciudadano privado puede que tenga la suficiente virtud para ir a las urnas, no tiene necesariamente

---

[12] La participación en las elecciones presidenciales podría incrementarse un 15 por 100 si se eliminasen ciertas leyes para registrarse como votante que son innecesariamente complejas. Véase Raymond Wolfinger y Steven Rosenstone, *Who Votes?*, New Haven, Yale University Press, 1980, p. 88. Asimismo, los estadounidenses jóvenes votan mucho menos que los no tan jóvenes, *ibid*, pp. 105-108. Simplemente porque la ley permite votar a los dieciocho años, no debe preocuparnos demasiado que los jóvenes tengan dificultades para tomarse en serio la ciudadanía, siempre que vayan haciéndolo cada vez más a medida que maduran.

[13] Véase Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*, Nueva York, Penguin Books, 1986.

la suficiente para emitir un voto que represente su *juicio meditado* sobre los temas centrales planteados por los candidatos en las elecciones[14].

El villano, una vez más, es el problema del *free-ride*. Pero esta vez los costes de trascenderlo son mucho más sustanciosos que la media hora necesaria para ir a votar. No solo toma tiempo y energía hacerse una idea aproximada de los hechos y valorar las alternativas planteadas por una campaña política. No menos crucial es el cuestionamiento moral implícito en el hecho de definir la postura adecuada: no basta con que un ciudadano privado se pregunte qué candidato satisface mejor sus intereses personales; la cuestión es cuál de ellos, una vez hechos todos los considerandos, favorece «los derechos de los ciudadanos y los intereses permanentes de la comunidad». Abordar esta cuestión requiere muchas horas de conversaciones con personas a las que uno conoce y en quien confía, en la sobremesa y en el trabajo, en la iglesia o en el sindicato, en las reuniones de la asociación de padres de la escuela o en el bar local.

Pero el caso es que, para la mayoría de la gente durante la mayor parte del tiempo, las charlas sobre la política ordinaria son bastante superficiales. Las próximas elecciones son tratadas como un acontecimiento distante que no cambiará profundamente la forma del propio mundo, como sí puede hacerlo el desgarrador impacto de un divorcio, un importante ascenso o una desgracia personal ante los amigos. La autoidentificación del estadounidense normal como ciudadano privado no es suficiente por sí misma para generar el tipo de conversación profunda que sería apropiada, digamos, a la hora de decidir si uno ha de cambiar de trabajo o de vivienda, y mucho más si ha de cambiar de cónyuge o de religión. Dicho compromiso activo con la *ciudadanía* privada no parece exigido simplemente porque usted estará pronto emitiendo un voto para elegir al Presidente en compañía de decenas de millones de conciudadanos. La cosa sería muy diferente, por supuesto, si su voto fuera decisorio. Pero no lo será ¿Acaso no es correcto, pues, ahorrar en virtud?

Esta lógica lleva a millones de ciudadanos *privados* a ir a votar y a emitir un voto «blando» a favor de sus candidatos. Al calificar su voto de «blando» no me refiero a que carezca totalmente de fundamento. De hecho, la ciencia política moderna ha explorado muy bien las formas complejas en que los partidos tradicionales y las identidades étnicas, los juicios retrospectivos acerca de los candidatos que ya han ocupado el cargo y una sensación general de la prosperidad del país, junto con las impresiones que provocan los candidatos se entretejen en el proceso de formar el juicio de los votantes

---

[14] Los candidatos, a su vez, tendrán en cuenta este fallo de deliberación al definir sus estrategias de campaña, lo que produce muchas de las patologías que discutimos más abajo. Véase R. Douglas Arnold, The Logic of Congressional Action, New Haven, Yale University Press, 1990, para un tratamiento serio del tema.

estadounidenses[15]. Mi afirmación crucial es ésta: mientras acude a votar, *el ciudadano privado normal no se hace ilusiones acerca de la calidad de la reflexión subyacente a su voto*. Normalmente no considera su voto como expresión de un juicio meditado acerca de una u otra de las elecciones fundamentales a las que hace frente la nación. Lo considera más bien como una afirmación más blanda:

> Como ciudadana privada, últimamente he tenido otras muchas cosas de las que preocuparme: mi trabajo, mi esposo, con quién sale mi hijo después de la escuela. Pese a todas estas preocupaciones privadas, no me evado. Aquí estoy, entrando en la cabina de votación, tratando de imaginarme qué es lo mejor para el país, sobre la base de mis creencias políticas heredadas, mi percepción del estado presente de la Unión, y mis impresiones sobre el carácter de los candidatos y los temas que se discuten. Lo siento, pero esto es lo mejor que puedo hacer ahora mismo. ¿Acaso no es mejor que nada? ¿Acaso no tenemos ya suficientes privatistas perfectos sin que yo me una a ellos?

Poniendo estas palabras en boca de mi ciudadana *privada*, no estoy tratando de juzgarla a partir de un baremo platónico de elevada seriedad que pocos mortales pueden alcanzar, si es que alguno puede hacerlo. Estoy haciendo una afirmación más prosaica: la mayoría de ciudadanos privados no tienen ningún problema en reconocer que la mayor parte de sus decisiones electorales no están *a la altura de sus propios estándares de deliberación*[16] y que, si se tomasen la molestia de pensar más detenidamente las cosas, sus juicios podrían ser muy diferentes de los puntos de vista relativamente superficiales que tienen en ese momento.

---

[15] Para un trabajo pionero de la «Escuela de Michigan», véase Angus Campbell, Philip Converse, Warren Miller y Donald Stokes, *The American Voter*, Nueva York, John Wiley & Sons Co., 1960; para una discusión más filosófica de estudios de este género, véase Dennis Thompson, *The Democratic Citizen: Social Science and Democratic Theory in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970. Importantes estudios que hacen hincapié en las variedades más racionalistas del comportamiento del votante son: V. O. Key, Jr., *The Responsible Electorate*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1966; Morris Fiorina, *Retrospective Voting in American National Elections*, New Haven, Yale University Press, 1981; Stanley Kelley, Jr., *Interpreting Elections*, Princeton, Princeton University Press, 1983; R. Douglas Arnold, *The Logic of Congressional Action*, cit.

[16] Piense, por ejemplo, en la última vez que tomó usted una decisión importante en su vida privada: ¿qué carrera voy a estudiar? ¿Dónde voy a vivir? ¿Con quién me voy a casar? ¿Cómo tomó la decisión? ¿Tenía que haber reflexionado más antes de tomarla? Y, ¿sobre qué tenía que haber reflexionado? Si se hace estas preguntas, tendría que parecerle fácil evitar un error obvio, llamémosle perfeccionismo. Existe algo que podríamos llamar exceso de deliberación: darle vueltas y vueltas a un problema sin llegar nunca a una conclusión. De todos modos, sin caer víctimas del perfeccionsimo, todos somos perfectamente conscientes de la diferencia entre un juicio meditado y uno tomado sin meditar. A veces miramos atrás, a un momento decisivo, y nos decimos: «Aunque las cosas hayan salido mal, al menos sabía dónde me estaba metiendo…». Y a veces lo único que podemos decir es: «¡Qué tonto he sido!». Es esta distinción, bastante familiar en la vida privada lo que estoy invocando aquí. Para una discusión más completa, véase el cap. 10, pp.308-310.

Esta blandura del voto normal entra en la argumentación neofederalista de dos maneras diferentes. Primero, ayuda a explicar por qué el dualista moderno se une a Publius al insistir en la manera problemática en que las leyes promulgadas por los vencedores electorales representan los juicios reflexivos de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos. El problema no surge porque estas leyes puedan ser contrarias al juicio meditado de muchos ciudadanos (aunque esto, por supuesto, también puede suceder). El problema es que el grueso de la ciudadanía *privada* puede no tener juicios que ellos mismos consideren relevantes. Lo que tienen son opiniones que, según su propio reconocimiento, pueden no responder muy bien al tipo de escrutinio que reservan a sus juicios meditados. En esta situación, que es muy común, hemos de empezar nuestro estudio del gobierno normal con un sentido *publiano* de que Nosotros, el Pueblo estamos ausentes de la escena y no cabe esperar que sea posible capturar, en una instantánea simple, lo que piensa realmente la ciudadanía de determinado asunto. Nadie puede predecir de forma verosímil lo que diría el Pueblo si dedicase mucho tiempo y energía a examinar las opiniones recibidas en el proceso de formular un nuevo juicio colectivo respecto a «los derechos de los ciudadanos y a los intereses permanentes de la comunidad». Normalmente, el Pueblo simplemente no dedica su tiempo y energía a estas cosas y lo mejor que podemos hacer es tenerlo en cuenta a la hora de diseñar nuestro sistema legislativo normal[17].

Esto me lleva a mi segundo punto respecto a la blandura: no es inevitable. Con el tiempo, millones de ciudadanos privados pueden ser provocados por sus compatriotas estadounidenses a examinar algunas de las opiniones políticas recibidas, pero no es que se vuelvan ciudadanos públicos cuyo compromiso puede llevarles a convertirse en activistas las veinticuatro horas del día. Sin embargo, durante los periodos de política constitucional exitosa, hay una importante diferencia en sus actitudes, acciones y conversaciones políticas. Sus preguntas se vuelven más imperiosas, sus conversaciones más enérgicas y sus acciones van más allá de las

---

[17] Esta es una respuesta tardía a John Stuart Mill, que se oponía al voto secreto porque pensaba que alentaría a cada votante a creer que su voto era «para su propio uso y beneficio para ofrecerlo simplemente como se sienta inclinado a hacerlo». J. Stuart Mill, *Considerations on Representative Government*, cit., p. 195. Es mucho mejor que tengamos que emitir el voto en público y, de este modo, tener que explicar a nuestros conciudadanos por qué nuestro voto es de interés público. Véase Andreas Teuber, *The Reformation of Public Life: The Case Against the Secret Ballot*, de próxima aparición. Creo que Mill tiene razón cuando advierte de los peligros de privatización que se siguen de la costumbre moderna del voto secreto. La única cuestión es si estos peligros se ven superados por los de la coerción y la corrupción que hace posible el voto no secreto. Dado que yo creo que los peligros del voto no secreto se ven generalmente y aunque no siempre superan los peligros del voto secreto, no defiendo un cambio en las prácticas existentes. El argumento de Mill, de todos modos, sirve para incrementar la importancia que yo mismo pongo en la «blandura» del voto secreto normal, y la necesidad de diseñar una constitución dualista que tenga en cuenta esta «blandura».

urnas para incluir aportaciones monetarias, peticiones, marchas, etc. Todo ello para expresar el hecho de que ahora tienen un juicio meditado que quieren que sus aspirantes a gobernantes tengan en cuenta. Si la cursiva pudiera expresarlo, diríamos que los ciudadanos *privados* se han convertido en *ciudadanos* privados. Y si la jerga fuera aún más expresiva, la distinción entre ciudadanos pasivos y ciudadanos activos serviría, siempre que se tenga en cuenta que ni siquiera el ciudadano pasivo es un perfecto privatista, ni el ciudadano activo un ciudadano público; estamos distinguiendo entre tonalidades de gris.

Esto nos lleva al problema del proceso de producción normativa de carácter superior que abordaremos en el siguiente capítulo: ¿cómo diseñar un sistema creíble de producción normativa superior para poner a prueba y finalmente expresar aquellos principios constitucionales que representan los juicios meditados de una mayoría de ciudadanos activos? Pero primero hemos de abordar el problema del diseño institucional en condiciones normales.

Recursos políticos ordinarios: un inventario

¿Podemos definir, al modo de *The Federalist Papers*, cómo la estructura constitucional puede mejorar las peores patologías de la política ordinaria, cuando no efectuar una cura milagrosa? Para dar a estas reflexiones neofederalistas un mínimo de estructura, permítanme tres grupos de supuestos simplificadores. El primero tiene que ver con la ciudadanía; el segundo, con los procesos electorales; y el tercero, con el carácter de los representantes. El primer grupo es bastante sencillo. Asumiré una población compuesta principalmente (pero no exclusivamente) de ciudadanos *privados* estadounidenses que reconocen la significación de la empresa publiana pero que se conforman con un comportamiento que ellos mismos consideran insuficientemente informado, cívico y políticamente activo para colmar sus propias aspiraciones como *ciudadanos* privados.

El segundo grupo asume que ya hemos dado pasos para garantizar un proceso libre y justo de tipo estadounidense, en el que dos grandes partidos luchan por la victoria en unos distritos electorales en los que el ganador se lleva todos los escaños, solo con la poco definida amenaza de un tercer partido perfilándose en el horizonte.

El tercer grupo incluye la conducta probable de los aspirantes a representantes. Estos políticos/estadistas, como les llamaré, exhiben un carácter dualista de un tipo que debería convertirse en familiar. Por un lado, nuestros políticos/estadistas no son privatistas perfectos dispuestos a vender su influencia legislativa al mejor postor (tras tener en cuenta el riesgo de una

acusación penal). Por otro, no están dispuestos a dedicarse resueltamente al bien público, tal como podrían definirlo si fuesen ciudadanos públicos que no estuviesen interesados en ganar y ejercer un cargo electoral. En cambio, en su calidad de *político*/estadista, cada representante está interesado en ser reelegido. Sujetos a esta limitación, tratarán de utilizar su influencia a favor del «bien público» tal como ellos mismos lo definen concienzudamente. Pero se mostrarán reacios a jugar el papel de político/*estadista* cuando ello haga peligrar gravemente sus posibilidades de reelección. Quizá algunos políticos/estadistas estarán a la altura de las circunstancias de vez en cuando, pero «los estadistas ilustrados no siempre estarán al mando»[18].

El reto, pues, es éste: ¿cómo diseñar un sistema que saque el máximo partido posible de la virtud política que existe en un mundo dominado principalmente por ciudadanos privados y políticos/estadistas?

Empecemos considerando cómo los políticos/estadistas tratarán de obtener la victoria electoral en el mundo que hemos descrito. Hay una técnica que nuestro aspirante a representante no puede utilizar. Por definición de lo que entendemos por política normal, no puede basarse exclusivamente en un *movimiento constitucional* triunfante. Un movimiento así se nutre de las energías de muchos *ciudadanos* privados en sus actividades de discusión política, reclutamiento, organización y movilización. La actividad generalizada de este tipo queda excluida de nuestro modelo de política normal en la que los ciudadanos *privados* son el tipo político preponderante.

Pero sería un error excluir del modelo todo pensamiento de política constitucional. Incluso en tiempos normales, tanto el Partido Demócrata como el Republicano llevan la marca de haber servido a la causa de tales movimientos en algún momento de su accidentada historia. Los residuos históricos dejados por estos movimientos populares tempranos pueden proporcionar muy bien una era de política normal con buena parte de su infraestructura de partido y su simbolismo. Si bien éstos contribuirán a hacer aflorar el voto el día de las elecciones, no proporcionarán a nuestro aspirante a representante todos los recursos que necesitará para conseguir la victoria electoral. También querrá aprovechar los recursos electorales generados por un conjunto diverso de organizaciones que consiguen prosperar pese a la ignorancia, apatía y egoísmo característicos de la política normal. El reto es tanto averiguar por qué estos tipos organizativos pueden ser eficaces en condiciones normales y entender de qué modo su existencia constriñe el proceso representativo.

---

[18] *The Federalist* núm. 10, en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 80. Un ensayo reciente en esta misma línea es el de R. Douglas Arnold, *The Logic of Congressional Action*, cit.

Grupos de interés privados

La primera forma de trascender la apatía, ignorancia y egoísmo generales es mediante un grupo *de interés privado*. Aquí, una organización política se sube a hombros de unas empresas inicialmente formadas para satisfacer unos deseos perfectamente privados. Supongamos, por ejemplo, que la próxima vez que usted entre en el mercado para adquirir un coche, tome su decisión como una persona perfectamente privada, tratando de maximizar su propio bien sin pensar en usted como alguien que emite un voto a favor de un coche cuya producción sirve mejor a los intereses nacionales. Actuando de esta forma perfectamente privada, supongamos que usted y millones de otros ciudadanos deciden comprarse un Chrysler y, gracias a estas decisiones, Chrysler se convierte en una organización grande y compleja que puede, si quiere, desviar parte de sus energías desde la fabricación de coches a la influencia política. Sin duda, usted no ha autorizado a Chrysler a actuar en su nombre como ciudadano privado por el hecho de haber comprado uno de sus coches y, sin embargo, Chrysler puede muy bien aprovecharse del vacío organizativo creado por la pasividad ciudadana para obtener ayudas, unos aranceles beneficiosos o una política exterior imperialista que sus clientes nunca aprobarían si estuviesen actuando como *ciudadanos* privados. El único problema es que usted no está invirtiendo mucho en ciudadanía activa ahora mismo, como tampoco lo están haciendo decenas de millones de compatriotas suyos. En consecuencia, nuestros *políticos*/estadistas tienen un incentivo poderoso para hacerle el juego a unos intereses privados para que obtengan los recursos que necesitan para lograr sus victorias políticas normales[19].

No hay que imaginarse que este problema pueda resolverse con una simple «reforma de la campaña electoral»: limitando las donaciones, regulando los grupos de presión, etcétera. Si bien estas cosas pueden ser deseables[20], no van al centro del problema. Aunque Chrysler o la United Auto Workers no pueden dar directamente dinero a los políticos, le resulta relativamente fácil desviar algunos de sus recursos organizativos a la tarea de conducir a las urnas el día de las elecciones a un ignorante, egoísta y pasivo puñado de chryslerianos. Esta fuerza organizativa de las bases es muy importante para el político/estadista normal, para quien un voto es un voto. Si puede inducir a los chryslerianos a emitir su voto en una determinada dirección a base de halagar a la compañía o al sindicato declarando, en contra de su juicio *publiano*, que la salvación de Chrysler es de interés nacional, estará

[19] Véase Charles Lindblom, *Politics and Markets*, Nueva York, Basic Books, 1975, Quinta Parte.

[20] Aunque yo esté a favor de la reforma de la campaña, creo que muchas propuestas de «reforma» son contraproducentes. No puedo hacer justicia a este tema en una nota a pie de página, pero confío en poder hacer algunas propuestas al respecto muy pronto.

tentado a hacerlo, siempre, por supuesto, que esto no represente una pérdida de apoyo de peso equivalente por parte de otro grupo organizado[21].

Como hemos visto[22], Publius era muy consciente de esta patología y no ambicionó su total erradicación. Lo que pretendía era mejorar el carácter opresivo de estas estafas haciendo proliferar el número y la variedad de los intereses privados ¿No es posible que, dándose codazos unos a otros en su precipitada carrera hacia el abrevadero público, puedan controlarse mutuamente y hacer que una mayoría de congresistas se libere de su excesiva sumisión a una sola presión? Como mínimo, la proliferación de facciones privatistas ¿hará que sea más difícil organizar una sólida coalición de aquellos que tienen poder para estafar a quienes no tienen tanto poder? Si los ciudadanos de Detroit consiguen un rescate federal para Chrysler, ¿no se encontrarán con que están pagando una buena parte de la ayuda para paliar las consecuencias del último huracán que haya asolado Florida?

Y no es que tenga nada en contra de los buenos ciudadanos de Detroit o de Miami. Es probable que un puñado de *ciudadanos* privados llegue a la conclusión, tras dedicar mucho tiempo y energía al asunto, que uno de estos subsidios, o los dos, son de interés nacional. Mi argumento es simplemente que los grupos de interés privado tienen recursos organizativos que generarán presión en esta dirección independientemente del juicio de los *ciudadanos* privados, o incluso de los ciudadanos *privados*. Esto es patológico[23].

Intereses burocráticos

También hay un segundo tipo de presión organizativa. Y esta no proviene del sector privado, sino del público. Una vez creadas, las burocracias desarrollarán un interés por la autopreservación que perdurará independientemente de la necesidad pública de su existencia continuada. Actuando en función de este interés, tratarán de utilizar los recursos que tienen a su

---

[21] La obra clásica es la de D. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection*, cit.

[22] Véase el capítulo 7, pp. 219-221.

[23] Estas patologías se diseccionan muy bien en obras recientes de economistas políticos organizadas en torno al concepto de «captadores de rentas», inteligentemente analizadas por D. Mueller, *Public Choice II*, cit., cap. 13. Lamentablemente, esta literatura se ve aquejada por una fuerte tendencia reduccionista que le lleva a suponer que la acción política normal está exclusivamente motivada por unos impulsos perfectamente privatistas que conducen a un rentismo patológico. Este cínico punto de vista político lleva a algunos, de un modo nada sorprendente, a abogar por la destrucción del moderno Estado intervencionista como única esperanza de remediar la patología. Véase, por ejemplo, G. Brennan y J. Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, cit. Dado que yo rechazo este punto de vista de blanco y negro de la política normal, no estoy de acuerdo con estas soluciones extremas. De hecho, el reto (no satisfecho en este capítulo) es diseñar unas estructuras modernas que mantengan a los captadores de rentas bajo control y que al mismo tiempo dejen un margen de maniobra razonable para legislar por el bien público. Véase, por ejemplo, Susan Rose-Ackerman, *Corruption: A Study in Political Economy*, Nueva York, Academic Press, 1978.

disposición para crear unos grupos de referencia poderosos que les sean favorables, grupos que lucharán para mantener los beneficios privados que reciben de los programas de ayuda independientemente de su interés público más amplio[24].

Este tipo de amiguismo burocrático es especialmente grave en la República Moderna, donde el gobierno intervencionista en un frente amplio en nombre del interés público. Así, el Departamento de Defensa diseña sus programas de armamento de modo que las circunscripciones electorales para el Congreso obtengan lucrativos contratos privados, y lo mismo hace el Departamento de Agricultura y el Departamento de…

Una vez más, lo que estoy diciendo no es que una mayoría de ciudadanos privados no respalde una serie constante de contratos de defensa a la Boeing Corporation. Lo que digo es que los representantes de la ciudad natal de la Boeing, Seattle, presionarán para obtener más contratos independientemente de su juicio publiano acerca de los «intereses permanentes de la comunidad», porque la gente de Seattle, especialmente en tiempos de política normal, no se esforzará demasiado en examinar estos beneficios desde un punto de vista nacional. En vez de asumir la carga del gobierno, tendrán la tentación de hacer causa común con los burócratas para arrimar el ascua a su sardina.

Como en el primer caso, buena parte de la ciencia política moderna ha detallado las variedades de este comportamiento patológico[25]. Una vez más, los neofederalistas no confían en su erradicación. Sin embargo, el control del mismo debería ser una prioridad en el diseño constitucional.

Grupos de interés público

Una tercera organización política entra en la escena de la política normal desde una dirección diferente. Al describir el mundo de la política ordinaria no le estoy pidiendo al lector que se imagine un lugar enteramente poblado por ciudadanos *privados*; solo uno meramente dominado por ellos. Esto deja el modelo abierto a grupos pequeños de *ciudadanos* privados, que están, en efecto, activamente preocupados por uno u otro aspecto de interés público y que han trascendido con éxito el problema del

---

[24] Entre los trabajos importantes sobre este tema, podemos citar: Anthony Downs, *Inside Bureaucracy*, 1967); William Niskanen, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago y Nueva York, Aldine-Atherton, Inc., 1971; R. Douglas Arnold, *Congress and the Bureaucracy: A Theory of Influence*, New Haven, Yale University Press, 1979.

[25] Además de las fuentes citadas en la nota 24, supra, véase M. Fiorina, *Congress: Keystone of the Washington Establishment*, New Haven, Yale University Press, 1977; James Wilson, *The Politics of Regulation*, Nueva York, Basic Books, 1980, cap. 10. Para un importante estudio comparativo, véase Mancur Olson, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, New Haven, Yale University Press, 1982.

oportunismo para convertirse en una presencia organizacional en la escena legislativa. Por lo que a ellos respecta, los tiempos exigen imperativamente una movilización general de *ciudadanos* privados a favor de la causa que les ha impelido a la actividad política.

Pese a no ser capaces de rasgar el velo de ignorancia, egoísmo y pasividad que rodea a sus conciudadanos, estos grupos «monotemáticos» pueden ser una fuerza importante en la política normal. Teniendo en cuenta el tamaño de la población estadounidense, un grupo basado en la lealtad de unos cientos de miles de *ciudadanos* privados puede ser considerado «más bien pequeño». En función de su ubicación geográfica, uno u otro grupo de activistas puede estar en posición de emitir un voto tornadizo en unas elecciones ajustadas. También puede contribuir de una forma desproporcionada a la energía disponible que puede utilizarse el día de las elecciones para inducir a la ciudadanía *privada* pasiva a ir a votar[26]. Bien mirado, los políticos/estadistas procurarán no suscitar innecesariamente el antagonismo de estos grupos; de hecho, puede incluso que les parezca prudente respaldar una posición claramente opuesta al «interés permanente de la comunidad y a los derechos de los ciudadanos».

La prudencia puede parecer una palabra poco contundente para describir estas conductas adaptativas, ¿acaso no es tarea de un estadista sacar el mejor partido de una realidad política poco atractiva? Al fin y al cabo, si un grupo más bien pequeño de moralizadores consigue reemplazar a un representante por alguien que propugne de modo acrítico su obcecado punto de vista, ¿qué se gana con ello? ¿Acaso no es la mejor parte del arte de gobernar el hecho de aceptar de boquilla, por un tiempo, el moralismo de determinada facción si esto es lo que se necesita para mantenerse en el cargo?

Difíciles preguntas. Pero, naturalmente, la esperanza neofederalista es que, debido al número de facciones que propugnan diferentes moralismos, la mayor parte de los políticos normales eviten convertirse en rehenes de algunas de ellas en particular, especialmente al mismo tiempo. Pero, una vez más, hemos de convenir en que la perfección no existe.

Los medios de comunicación de masas

Los moralismos categóricos de los grupos de interés público a menudo contrastan claramente con el transparente egoísmo de los intereses privados y burocráticos. Sin embargo, todos estos diferentes tipos organizativos tienen una cosa en común. Pueden supervisar muy de cerca a los aspirantes a representante y proporcionar a los miembros del grupo una valoración

---

[26] Véase Sidney Verba y Norman Nie, *Participation in America: Political Democracy and Social Equality*, Nueva York, Harper & Row, 1972.

detallada de sus promesas futuras así como de sus pasadas actuaciones. No puede decirse lo mismo del cuarto tipo de organización: los medios de comunicación de masas. Los periódicos y la televisión tienen pocos incentivos para supervisar a los políticos/estadistas sobre la base de una inspección tema por tema. Esto desbordaría la capacidad de procesar la información de la ciudadanía *privada* que constituye la audiencia de dichos medios. Lo que esta audiencia quiere son «noticias»: fragmentos de acontecimientos de actualidad que no exijan mucho conocimiento de unos antecedentes con los que no están familiarizados.

Y sin embargo, dada la pasividad imperante en la ciudadanía *privada*, los medios de comunicación de masas proporcionan un mecanismo esencial por el cual los aspirantes a representante pueden acceder, aunque sea superficialmente, al grueso de los electores. Si lo que quieren es «noticias», «noticias» es lo que les darán los políticos/estadistas.

Esto lleva a una serie de distorsiones familiares. La primera es el cultivo de una «personalidad mediatica»: un político tiene que poseer el talento necesario para transmitir una impresión favorable en una aparición de quince segundos en televisión. E inversamente, una metedura de pata cinematográfica, un momento de lloriqueo lleno de frustración o el no saber usar el maquillaje adecuado para disimular un mal afeitado, puede acabar con el buen nombre construido durante años de servicio público cívico.

Segundo, pasando del estilo a la sustancia, los medios de comunicación favorecen la forma más superficial y vacía de retórica, porque solo este tipo de discurso es asimilable durante el periodo extraordinariamente breve de tiempo en que la audiencia presta atención. Los lemas, a su vez, serán de dos tipos. Obviamente, la ciudadanía privada recibirá una dieta constante de banalidades políticas heredadas del pasado, porque dichas banalidades son lo bastante familiares como para no necesitar una explicación elaborada. Estas banalidades, a su vez, estarán aderezadas por unas simplezas evocadoras tan escandalosas que atraerán la atención de la audiencia. Lo más difícil, sin embargo, será implicar a los medios de comunicación en un proceso serio y prolongado de educación pública sobre un tema de auténtica importancia social. En tiempos normales, al menos, la opinión pública simplemente considera que estas cosas son demasiado tediosas para prestarles atención; los reporteros de investigación harían bien en dedicar su tiempo a temas más accesibles, como los escándalos personales. En la medida en que el político normal consiga no meterse en líos y se tome en serio las lecciones de interpretación que reciba, tendrá pocos incentivos para utilizar los medios de comunicación para hablar en serio a sus electores de la naturaleza de problemas fundamentales que les acucian como *ciudadanos* privados de Estados Unidos. Le resultará más útil radiar banalidades inocuas con una sonrisa en los labios emitiendo al mismo tiempo

señales muy diferentes a la opinión pública y a los grupos de interés privados a los que trata de movilizar[27].

Partidos políticos

Una forma final de movilizar apoyos electorales es mediante el partido político, que, en tiempos ordinarios[28], es en gran parte una organización de servicio que ayuda a los electores locales en su trato personal con el gobierno. Aquí es donde entra en juego el patronazgo político. Incrementando el número de operarios a jornada completa de este oficio, cada representante puede aumentar la eficacia con la que puede realizar su función pública. Cuanto mayor sea su «oficina central», más electores agradecidos habrá que recuerden al representante el día de las elecciones cuando, en calidad de ciudadanos *privados* vayan a votar para tomar sus distraídas decisiones. De hecho, un trabajo electoral efectivo puede hacer que, en teoría al menos, la postura del titular de un cargo acerca de varias cuestiones nacionales sea totalmente irrelevante para su futuro éxito electoral. Podría simplemente ser reelegido diciendo: «Votadme y garantizaré que el cheque de la Seguridad Social os llegue a tiempo»[29].

La parte más brillante de la política ordinaria

Pero seguramente, eso espero al menos, el lector me dirá que la política ordinaria no se limita a esto. Pese a la agresividad de los intereses privados y burocráticos, las pretensiones de superioridad moral de los grupos de interés público, la banalidad y los vendedores de imagen de los medios de comunicación de masas y los burdos intentos de los políticos de aparato de la política (todos ellos sin excepción) de ganarse un lugar en el comedero público, ¿seguro que no hay nada más en todo ello? ¿Qué hay, pues, de la representación de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos a la vieja y honrosa manera democrática?

---

[27] Para un tratamiento excelente de este tema véase Murray Edelman, *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana y Chicago, University of Illinois Press, 1964.

[28] Mi distinción entre el papel de los partidos en la política normal y constitucional sigue la distinción entre prtidos «grandes» y «pequeños» desarrollada por Alexis de Tocqueville en el capítulo primero de *La democracia en América*. Para una discusión contemporánea que hace hincapié en el lado «pequeño» de la distinción, véase Martin Wattenberg, *The Decline of American Political Parties, 1952-1984*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1986.

[29] Como dice Richard Fenno, «[lo que hacen los congresistas] es muy conocido y sencillo. Asignan las tareas a sus empleados de la forma que creen más útil para ser reelegidos. Eligen designaciones para comités que creen que les permitirán identificarse con sus electores y beneficiar a aquellos que les apoyan. Votan de la forma que creen que será aprobada por sus electores. O mejor dicho, evitan votar de la forma que creen que tendría la desaprobación de sus electores […]», Richard Fenno, *Home Style. House Members in their Districts*, Nueva York, Little, Brown and Company, 1978, pp. 224-225. Véase también Morris Fiorina y David Rohde (eds.), *Home Style and Washington Work: Studies of Congressional Politics*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1989.

No negaré esto ni por un momento. Incluso durante los momentos normales, los integrantes a cualquier nivel del sistema político tratan de convencerse a sí mismos (y a los demás) de que son algo más que las parodias unidimensionales que algunas veces parecen ser[30]. Y es fundamental captar las muestras semiocultas de un entendimiento más complejo de la ciudadanía privada; sin ellas, la República no podría sobrevivir. Así, por muy atentamente que los intereses privados y burocráticos trabajen para servir la mercancía a sus electores, ponen de manifiesto la existencia de signos de autocontención publiana. Para empezar, muchos de ellos no se doblegan ante la corrupción. Efectivamente, los miembros de muchos grupos de presión odiarían admitir que están implicados en una actividad *puramente* de facción. Aunque puede que reconozcan a regañadientes que prodigan una parte bastante grande de sus energías a la persecución de un aspecto más bien estrecho del bien público, solo los miembros más cínicos de los grupos de presión confiesan que no hay absolutamente nada en su caso del punto de vista publiano; grupos de presión aparte, ciertamente muchos chryslerianos estadounidenses creen honestamente que los intereses de Chrysler coinciden con los de Estados Unidos, aunque sin duda no abordan el tema con amplitud de miras.

Una forma igual y opuesta de conciencia dualista se encuentra en los grupos de interés público. Por estridentes que sean sus denuncias de los abusos existentes, se niegan a romper con el sistema de la política normal embarcándose en una actividad revolucionaria ilegal. Muchos francotiradores son incómodamente conscientes de que su tono estentóreo es atribuible, al menos en parte, al temor de no ser escuchados por una ciudadanía pasiva si hablasen de un modo más razonable; y de que hasta que consigan realmente movilizar a un amplio movimiento a favor de su causa, tendrán que conformarse con lo que hay. En pocas palabras, nuestros *ciudadanos* privados organizados, así como nuestros ciudadanos *privados* organizados, llevan a cabo su actividad con un autoentendimiento más complejo y una autocontención mayores de lo que podría parecer a primera vista.

Y lo mismo puede decirse si recorremos en sentido descendente la lista de actores políticos normales. Por muy cínicos que se hayan vuelto los especialistas en medios de comunicación respecto al abismo que separa la apariencia de la realidad, gastan más tiempo y energía en el lado publiano de la política de lo que justificaría una contabilidad precisa. Incluso el político de aparato más cínico es consciente de que *hay* otra cara de la moneda; de hecho, la historia estadounidense está llena de ejemplos de políticos de tres al cuarto que, contra todo pronóstico, han estado a la altura publiana

---

[30] Véase Arthur Maass, *Congress and the Public Good*, Nueva York, Basic Books, 1983; Steven Kelman, *Making Public Policy: A Hopeful View of American Government*, Nueva York, Basic Books, 1987; R. Douglas Arnold, *The Logic of Congressional Action*, cit.

de las circunstancias (aunque también hay muchas historias que son un aviso para navegantes). Y sobre todo: por más agradecidos que puedan estar los estadounidenses por el cheque de la Seguridad Social, muchos de ellos son muy conscientes de sí mismos, aunque sea privadamente, como ciudadanos y de manera imprevisible pueden repudiar a aquellos políticos que halagan de una forma demasiado evidente sus intereses privados.

La crítica del parlamentario

Todo esto es muy burdo pero, al ir más al detalle, existe un peligro muy real. La evaluación constitucional no puede depender de particularidades que cambian en un par de años o incluso en una o dos décadas. La cuestión básica es ésta: hace un par de siglos, Publius decía que su nuevo orden constitucional podía controlar el funcionamiento de la facción en el gobierno normal ¿Tiene sentido todavía hoy esta afirmación?

Ya desde los tiempos de Woodrow Wilson, la ciencia política dominante ha tendido al escepticismo. En vez de admirar el legado federalista, los wilsonianos miraron al otro lado del Atlántico y el modelo parlamentario británico les pareció superior. Dado que esta crítica anglófila ha sido importante a la hora de desviar al pensamiento constitucional estadounidense de sus raíces federalistas[31], hemos de considerarla aquí. Resumiré la lista de detalles de la crítica bajo tres rúbricas interrelacionadas (responsabilidad, transparencia y decisión) antes de considerar qué aspecto podría tener una respuesta neofederalista a esta crítica[32].

Responsabilidad

La Constitución británica moderna concentra la autoridad en el Consejo de Ministros en general y en el Primer Ministro en particular. Durante las épocas normales, la Cámara de los Comunes no es un centro de poder independiente, sino una caja de resonancia mediante la cual los principales partidos tratan de organizar a la opinión pública para que les dé su apoyo en las siguientes elecciones generales[33]. Esto significa que el

[31] Véase el cap. 1, pp. 25-29; cap. 2, pp. 56-57; cap. 4, pp. 110-111.

[32] Para una declaración clásica, véase el texto del Comité sobre los Partidos Políticos de la American Political Science Association, «Toward a More Responsible Two-Party System», *American Political Science Review*, vol. 44, suplemento de 1950. La historia de las ideas centrales de esta escuela la ha escrito Austin Ranney, *The Doctrine of Responsible Party Government*, Urbana, University of Illinois Press, 1956.

[33] Mientras que el texto informa sobre la teoría británica recibida, la práctica británica moderna está evolucionando en una dirección que presagia un reconocimiento emergente de un sistema legislativo de dos niveles. Durante la última generación, se han celebrado referéndums en tres ocasiones: en 1973, los residentes en Irlanda del Norte fueron consultados sobre si deseaban

Primer Ministro y su partido no pueden eludir la responsabilidad de su actuación mientras están en el cargo. Si se produce un fracaso, es su fracaso, a la par que los éxitos son sus éxitos. Tienen el poder y todo el mundo lo sabe.

Pese al testimonio de Publius, este sentido de la responsabilidad es superior en el control de las facciones. Y lo que es más importante, engendra una deliberación madura por parte de unos políticos/estadistas avezados que saben que no pueden eludir el juicio de sus iguales, de sus conciudadanos y de la historia. En cambio, el sistema estadounidense invita a pasar la pelota a otro: el Presidente la pasa al Congreso, la Cámara Baja echa la culpa al Senado, el Tribunal los condena a todos solo para ser también reprobado por ellos. Dado que nadie se considera responsable, todo el mundo reivindica la paternidad de los éxitos y culpa a los demás de los fallos. A veces incluso parece que nadie está intentando formular un juicio razonado de los méritos de una iniciativa programática: mientras haya alguien que corra con los gastos, ¿por qué debo preocuparme?

Transparencia

La otra cara de la irresponsabilidad es la falta de transparencia. Cuando todo el mundo en Washington le echa las culpas a otro, al ciudadano normal le resulta muy difícil saber quién está realmente detrás de un determinado asunto. Si bien este es un problema especial durante aquellos periodos en los que diferentes partidos políticos dominan los diferentes poderes, la separación de poderes incrementa la opacidad del gobierno incluso cuando un mismo «partido» domina en todos ellos. En la medida en que senadores y congresistas ganan unas elecciones independientemente del Presidente, tienen un incentivo muy poderoso para distinguir sus apelaciones de las procedentes de la Casa Blanca. Al fin y al cabo, un representante quiere convencer a sus electores de que lo reelijan aunque no les guste mucho el Presidente. En condiciones normales, esto

---

seguir formando parte del Reino Unido; en 1979, los residentes de Escocia y Gales rechazaron la propuesta de devolución de la autoridad política; y la más importante de todas, en 1975 todos los residentes del Reino Unido votaron a favor de refrendar la pertenencia británica a la Comunidad Económica Europea. Aunque los resultados de estos referéndums «consultivos» no eran técnicamente vinculantes para el Parlamento, fueron generalmente percibidos como expresiones de la voluntad popular más autorizadas que los modos legislativos parlamentarios normales. Dado el papel del precedente en la Constitución británica, estos referéndums pueden configurar la práctica futura. De hecho, en 1978, un conservador Comité sobre el Referéndum recomendó la introducción de un proyecto de norma constitucional (Disposiciones Fundamentales) «que estipulase la celebración de un referéndum antes de cualquier cambio fundamental en la Constitución». Philip Norton, *The Constitution in Flux*, Oxford, Blackwell, 1982, p. 215. Hasta ahora esta iniciativa no ha conseguido apoyo parlamentario. Para un análisis histórico de la introducción del referéndum en la política británica, véase Vernon Bogdanor, *The People and the Party System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, pp. 1-9.

significará que el «partido del Congreso» estará diciendo cosas diferentes de las que dice el «partido presidencial»[34].

En cambio, la estructura centralizada del gobierno británico produce transparencia. Dado que no hay separación de poderes entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, la única forma en que un votante puede expresar su preferencia por el Primer Ministro es votando al miembro del parlamento que se presenta en nombre de éste en su circunscripción electoral. De este modo, los parlamentarios solo pueden aspirar a ganar centrándose en los programas y en las personalidades presentados por el potencial primer ministro. Mientras que el partido en Estados Unidos se dirige normalmente al electorado con una cacofonía de voces, cada uno de los candidatos que se presentan para el parlamento trata de defender al cabeza de lista.

Decisión

No tiene nada de sorprendente, pues, que los ingleses puedan hacer cosas. Una vez que el Primer Ministro consigue un mandato electoral, puede esperar que la Cámara apoye sus iniciativas legislativas sin sufrir una presión interminable para imponerle excepciones o tratos especiales. En vez de tener que tratar con unos hiperagresivos parlamentarios que tratan de demostrar a los tipos de casa que «ellos pueden hacer más por Manchester», el Primer Ministro puede apoyarse en los expertos burócratas que se encargarán de poner en práctica su programa. De manera nada sorprendente, esto significa que las leyes son no solo más coherentes ideológicamente, sino también diseñadas para una Administración más eficaz.

Compárese esto con el punto muerto tan frecuente en la política estadounidense: el Presidente, reivindicando haber recibido un mandato, propone una iniciativa legal solo para ver cómo naufraga en el Congreso sin dejar rastro. Incluso cuando una iniciativa presidencial sale viva de los comités del Congreso, ha perdido su filo programático tras ser apaleada por unos poderosos congresistas que exigen concesiones *ad hoc* a sus intereses locales y a sus idiosincrasias ideológicas. Cuando las dos Cámaras han «deliberado», el Presidente puede encontrarse con que su «iniciativa global» se ha convertido en una caótica recopilación de compromisos intersticiales.

Para empeorar aún más las cosas, la ley será indiferente a las necesidades de una Administración eficaz. Los congresistas que redactan las leyes se mostrarán hostiles a despejar las líneas de autoridad en la rama ejecutiva. Querrán asegurarse su continua influencia alentando a los burócratas a considerar al Congreso y no al Presidente, como su jefe. Y solo conseguirán

[34] Véase D. Mayhew, *Congress: The Electoral Connection*, cit.; M. Fiorina, *Congress: Keystone of the Washington Establishment*, cit.

recortar los intentos de coordinación del ejecutivo sin sustituirlos por una supervisión general penetrante y propia.

Una legislación incoherente implementada sin coherencia. Si esto es lo que la economía de la virtud de Publius ha llegado a significar en el mundo moderno, ¿no ha llegado el momento de una difícil revaluación?[35].

¿Una respuesta Neofederalista?

No cabe esperar que estas dudas se disuelvan por arte de magia. Son síntomas de patologías reales. Si bien puede haber remedios neofederalistas para algunos de los peores síntomas, las enfermedades básicas –irresponsabilidad, opacidad, indecisión– son endémicas a un sistema de controles y equilibrios [*checks and balances*][36]. En vez de hacer como el avestruz, una respuesta neofederalista tiene que empezar redefiniendo la cuestión: hay problemas serios en el sistema publiano, cierto, pero lo mismo puede decirse de todo sistema. La pregunta es si los vicios del sistema publiano son más o menos malos que los generados por el sistema británico de autoridad concentrada[37].

Empecemos reflexionando sobre la forma engañosa en que el parlamentario prepara el terreno político. Un día cualquiera en la Cámara de los Comunes, un observador encontrará a centenares de parlamentarios que no forman parte del gobierno dando ruidosamente su apoyo al Primer Ministro. Y sin embargo, por definición de lo que se entiende por política normal, nada de esto sucede en el país. La mayor parte de la gente está prestando una atención escasa a los debates parlamentarios; en el mejor de los casos, las políticas del Primer Ministro pueden tener el apoyo blando de una mayoría de la ciudadanía *privada*. Esto no significa que la Oposición Leal a Su Majestad lo haga mucho mejor. De hecho, la idea misma de que la opinión pública está claramente dividida entre una opinión mayoritaria y un punto de vista minoritario unificado es una pura invención.

En suma, el sistema parlamentario trata de ignorar el argumento dualista fundamental sobre la política normal: *el propio Pueblo* se ha retirado de la vida pública. En vez de subrayar la forma problemática en que los políticos/

---

[35] Para un ensayo relevante respecto a esta cuestión, véase Terry Moe, «Political Institutions: The Neglected Side of the Story», *The Journal Law Economics & Organization*, vol. 6, 1990.
[36] Véase, por ejemplo, James Sundquist, *Constitutional Reform and Effective Government*, Washington, DC, The Brookings Institution, 1986. Lamentablemente, este no es el lugar para valorar las propuestas de reforma que han hecho Sundquist y otros.
[37] Me centro en el sistema británico, que al igual que el estadounidense, crea fuertes presiones para la formación de dos, pero solo dos, partidos políticos. Una comparación con los sistemas continentales, que alientan el multipartidismo mediante la representación proporcional y otros mecanismos del mismo tipo, es bastante diferente y tendrá que esperar a otro momento.

estadistas representan normalmente a una ciudadanía predominantemente *privada*, el sistema parlamentario permite que el partido gobernante proyecte una imagen de compromiso nacional movilizado que en realidad no existe. Cada día, el portavoz del partido pastorea a la mayoría de parlamentarios al despacho ganador del Primer Ministro para que le muestre su apoyo por enésima vez. Este enfático y repetitivo espectáculo en el Parlamento contrasta extrañamente con la apatía de las masas y la convicción fraccional que impera en el país. Pese a sus esfuerzos, el Primer Ministro y sus amigos en el Parlamento son solo *sucedáneos* del Pueblo, no lo *representan*[38].

Sean cuales sean sus defectos, al menos el sistema publiano lleva la problemática de la representación a la superficie de la política normal. A todos los políticos/estadistas les gusta decir que el propio Pueblo les ha dado, a ellos y solo a ellos, un mandato por cada punto y coma de su programa. Pero solo la Constitución estadounidense ha dado el paso decisivo que puede efectivamente acabar con esta palabrería. Rechaza garantizar a *ningún* gobernante el monopolio efectivo de la legislación a la manera de un victorioso Primer Ministro. Dentro del sistema dualista, ninguna ley puede aspirar a triunfar mientras sea el producto de una sola mente, aunque sea la mente del Presidente (con sus asesores de confianza). Cada iniciativa tiene que apelar a los intereses y a las ideologías de una serie de políticos/estadistas independientes, que se hayan ganado ellos mismos el apoyo blando de unas mayorías populares. Indudablemente, el resultado de este proceso puede carecer de la clara definición que le daría el sistema parlamentario[39]. Pero ¿por qué debería el Primer Ministro tener el poder de llevar a cabo una acción decisiva sobre la base de un apoyo popular blando? ¿Acaso no es *más democrático* exigirle que convenza a unos políticos/estadistas independientes de que, pese a la blandura del apoyo por parte de la ciudadanía *privada*, su propuesta sirve a los intereses permanentes de la comunidad?

Es cierto, la separación de poderes puede hacer más difícil que un Primer Ministro previsor adopte medidas para resolver un problema antes de que este adquiera proporciones críticas, pero incluso en este caso puede decirse algo al respecto. En vez de una fuerte dependencia del Primer Ministro, la separación de poderes permite a muchos políticos/estadistas desempeñar el papel de iniciadores de políticas ¿Hay tal vez más pensamiento original sobre un mayor número de problemas en el sistema estadounidense? Puede incluso ser un error magnificar la incoherencia ideológica provocada por un proceso auténticamente colaborativo en la redacción de las leyes. Son muchos los problemas que pueden beneficiarse de un sano eclecticismo ¿Es posible que, con el tiempo, el sistema estadounidense aliente

[38] Véase cap. 7, pp. 216-219, supra.

[39] No ha habido necesidad de ello, puesto que en el 10 de Downing Street han vivido tantos Harold Wilsons como Margaret Thatchers.

a los legisladores a trascender los estrechos límites de las ideologías «bien definidas»?[40].

Hasta ahora, hemos permitido a nuestro parlamentario suponer que «los estadistas ilustrados estarán siempre al mando» de su sistema concentrado. En el peor de los casos, el sistema británico pondrá de manifiesto sus propias patologías. La opresión parlamentaria puede adoptar dos formas. Primero está la variedad más normal y corriente de fraude: impuestos diseñados para que los grupos sociales que respaldan a la Oposición se vean obligados a pagar el grueso de la factura; los beneficios pueden luego distribuirse de modo que los que apoyan al gobierno se lleven la parte del león. Canalizando constantemente la riqueza desde la Oposición al Gobierno, el Primer Ministro puede tratar de erigir su apoyo electoral sobre la más tangible de las bases. Su mensaje es este: si los sectores que apoyan al Gobierno le abandonan en las urnas estarán matando a la gallina de los huevos de oro[41].

Luego están los fraudes más intangibles. Quizá el Primer Ministro pueda cimentar su coalición halagando a algunos grupos «monotemáticos» que hayan obtenido apoyo activo entre la ciudadanía en general. Esta puede ser una estrategia especialmente atractiva si los moralismos propugnados por los activistas oprimen a los grupos que apoyan a la Oposición en cualquier caso. En estas circunstancias, el Primer Ministro puede tener poco que perder y mucho que ganar, favoreciendo las convicciones de una fracción ideológica, pese al hecho de que estas serían repudiadas por una mayoría de *ciudadanos* privados si fuesen inducidos a considerar el tema en serio[42].

Publius tenía un nombre para estas enfermedades parlamentarias: la tiranía de una facción mayoritaria. Tras recuperar este concepto para su uso moderno, propongo reservarlo para una clase especial de tiranía. No estoy describiendo el caso de pesadilla en el que un movimiento político consigue movilizar a la masa de *ciudadanos* privados tras un programa abrumadoramente perverso, por ejemplo, el exterminio o la esclavización de los negros, los judíos o los extranjeros. La tiranía *de las facciones* se centra en un tipo más rutinario de iniquidad, en la que la masa de ciudadanos privados, distraídos por sus preocupaciones privadas, permite a los *políticos*/estadistas construir una coalición parlamentaria ganadora oprimiendo a los grupos minoritarios no pertenecientes a tal coalición.

Aunque la opresión a la que nos estamos refiriendo aquí no alcance generalmente las dimensiones monstruosas del nazismo, esto no significa que no debamos preocuparnos por ella. De hecho, parece verosímil

[40] Véase, por ejemplo, John Kingdon, *Agendas, Alternatives and Public Policies*, Nueva York, HarperCollins, 1984.
[41] Véase J. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent*, cit.
[42] Véase J. Ely, *Democracy and Distrust*, cit., cap. 6.

suponer que las estructuras constitucionales podrían controlar la iniquidad política surgida de la apatía, la ignorancia y el egoísmo de la ciudadanía mejor de lo que podrían controlar la iniquidad que tuviese el apoyo movilizado de una mayoría malevolente. Los diseños constitucionales más inteligentes serán barridos por un pueblo que ha perdido todo sentido de la decencia.

La economía de la virtud

¿Qué es mejor: un Primer Ministro previsor que da pasos decisivos para resolver un problema antes de que alcance proporciones críticas o un puñado de congresistas eclécticos que poco a poco van asumiendo un problema que podría haber escapado a un aparato político más centralizado? ¿Qué es peor: la irresponsabilidad, la opacidad y la indecisión, o la tiranía faccional de una mayoría parlamentaria?

Seguramente, la respuesta correcta es que no hay respuesta correcta válida para todo tiempo y lugar. Esto puede parecer banal pero en realidad es muy polémico. La tradición wilsoniana trata al sistema publiano como un sistema tan defectuoso que la defensa de una centralización de tipo británico parece algo obvio. Una vez que nos movemos más allá de las «obviedades», resulta claro que es mucho lo que puede decirse en un sentido u otro. Solo señalaré un par de factores que hacen que me mantenga en el campo neofederalista.

En primer lugar, el sistema británico parece mejor en un lugar en el que casi todos los Primeros Ministros son educados en Oxbridge y sometidos luego a un largo periodo de prueba durante el que son rigurosamente examinados por una elite política estable. Sean cuales sean los males de este sistema de clase, reduce las posibilidades de que se elija a un Primer Ministro que utilice su mayoría parlamentaria de la manera implacable que he descrito. El *ethos* de la clase dominante también puede incrementar las probabilidades de una actuación positiva y hacer que un Primer Ministro educado en Oxbridge tome las decisiones difíciles que sus colegas de Oxbridge consideren necesarias para el bien del país a largo plazo.

En cambio, este sistema funcionaría de modo muy diferente en Estados Unidos. Lo que propongo es una actualización del énfasis que ponía Publius en el tamaño tan vasto de nuestra República. El país es *tan* grande y heterogéneo que sobrepasa las pretensiones de la clase dirigente estadounidense generada por las universidades del tipo Oxbridge. Muchos presidentes modernos dependen fuertemente de las elites regionales, no nacionales. La victoria del presidente Carter promovió a muchos

georgianos a la Casa Blanca y lo mismo hizo la de Reagan con muchos californianos. A diferencia de lo que sucede en Gran Bretaña, es menos probable que el jefe del ejecutivo sea un estadista nacional con experiencia que aproveche la oportunidad de adoptar medidas difíciles a corto plazo que redunden en una ventaja para la nación a largo plazo; en cambio, a menudo, encontraremos políticos regionales que usan su poder sobre la base de unos mandatos nacionales muy débiles. Hablando en general, parece más sensato obligar al Presidente a que trate de utilizar los muchos recursos que tiene a su disposición para convencer a los políticos/estadistas de otras regiones del país del acierto de sus propuestas.

Especialmente, y esta es mi segunda idea, cuando tomamos en consideración la debilidad de la burocracia washingtoniana. Una vez más, parece acertado suponer que es más probable encontrar un menor porcentaje de burócratas mejores y más brillantes allí que en Whitehall. No hay motivos para pensar que un liderazgo burocrático superior podrá estabilizar los mecanismos erráticos de la selección presidencial.

Hay una cierta circularidad aquí. Probablemente los estadounidenses habríamos desarrollado unas tradiciones más fuertes de liderazgo de elite, tanto en el caso de los políticos como en el de los burócratas, si durante los últimos dos siglos hubiésemos tenido un sistema como el británico. Pero no lo hemos tenido; hemos confiado, más de lo que lo han hecho los británicos, en que una ciudadanía movilizada corregiría los errores provocados por la circulación de unas elites regionales. Como mínimo, el reformador wilsoniano debería hacer frente a esta dificultad central y explicar cómo su sistema de poder parlamentario centralizado podría encajar en una sociedad sin una elite nacional hegemónica de tipo británico. Ciertamente, el propio Wilson nunca dio una respuesta satisfactoria a esta cuestión; hasta que alguien lo haga, seguiré siendo neofederalista.

Más allá de Publius: la moderna separación de poderes

Hasta ahora, hemos explorado la cuestión del primer principio: ¿Continúa teniendo sentido la separación de poderes como idea de gobierno? Aunque su respuesta sea «sí», de ello no se desprende que *The Federslist Papers* sean la última palabra sobre el tema. Como hemos explicado en la primera parte de este ensayo, muchas de las expectativas más concretas de los Fundadores acerca de la Cámara Baja, el Senado, la Presidencia y el Tribunal han sido transformadas una y otra vez, a lo largo de los dos últimos siglos. Y si bien la moderna separación de poderes continúa problematizando la representación, como esperaba Publius, no lo hace de la forma precisa en que él previó.

Empecemos con la Cámara de Representantes. Los Federalistas esperaban que fuese el lugar donde los movimientos populares que tenían por objetivo hablar en nombre del Pueblo diesen primero a conocer su tumultuosa presencia. En aquella época, la Cámara era la única parte del gobierno nacional directamente elegida por los votantes. Dado que parecía sensato esperar que el Senado y el Presidente hiciesen de contrapeso. No tenían que ser demasiado fácilmente desbordados por unos cuantos demagogos de la Cámara que afirmaban hablar *en nombre del Pueblo*. El Senado y el Presidente tenían que servir como baluartes de la deliberación, exigiendo que los exaltados sometiesen sus propuestas a un frío análisis desde perspectivas enfrentadas.

Dos siglos después, muchas cosas han cambiado. Actualmente, el principal impulso populista viene de la Presidencia, no de la Cámara. A su vez, la Cámara se ha convertido en un baluarte para las dudas escépticas acerca del último pronunciamiento presidencial. Está muy bien que el Presidente diga que hemos de declarar la guerra a la inflación, a las drogas, a lo que sea pero ¿están de acuerdo con ello los votantes de la circunscripción N? ¿Qué importancia tienen estos temas nacionales, de todos modos, comparados con las preocupaciones locales y regionales que están por debajo de la atención del Presidente?

El Senado también ha experimentado una transformación profunda, si bien más discreta. Los senadores siguen siendo la voz particular de los estados por los que han sido elegidos pero también se han convertido en el lugar donde los aspirantes a Presidente dan forma a sus propias apelaciones al Pueblo. En consecuencia, el Senado es a menudo la sede de una crítica al programa presidencial desde una perspectiva relativamente nacional, aunque, por supuesto, los aspirantes presidenciales en el Senado se mostrarán típicamente escépticos ante las propuestas de la Casa Blanca.

Como he sugerido en la Primera Parte, estos cambios en la orientación normal de nuestras modernas instituciones tienen raíces profundas en la historia de la nación[43]. La cuestión crucial es ver cómo, pese a todos estos cambios, perdura la idea básica de la Fundación. Una mirada al escenario constitucional en Washington sigue poniendo de relieve el carácter problemático del intento de hablar en nombre del Pueblo en periodos de política ordinaria. Verbigracia: el Presidente pidiendo al Congreso que acepte su nueva y maravillosa visión del gobierno, en nombre del pueblo. Verbigracia: el Senado sometiendo a escrutinio la iniciativa presidencial y proponiendo contrainiciativas, en nombre del Pueblo. Verbigracia: la Cámara preguntándose si estas iniciativas sirven realmente a los intereses de los votantes de su circunscripción y activando un gran número de agendas localistas, en nombre del Pueblo ¿Quién habla, pues, *realmente* en nombre del Pueblo?

[43] Véase cap. 2-5.

Ninguno de ellos. Son únicamente sucedáneos, eso es todo. La masa de ciudadanos *privados* está demasiado ocupada ahora mismo para implicarse en el tipo de debate sostenido y movilizado y en la toma de decisiones que justificaría que cualquiera de sus sucedáneos declarase que tiene un mandato decisivo para proceder a un cambio fundamental. Presidente, Senado y Cámara Baja son meramente sucedáneos del Pueblo ausente; a ninguno de ellos debería permitírsele pretender que representa *al propio Pueblo*.

Esto no significa que las funciones de la política ordinaria no sean importantes. Movilizada o no, la ciudadanía privada de Estados Unidos tiene que enfrentarse a problemas graves en casa y en el extranjero. Sus representantes han sido constitucionalmente investidos de poder para deliberar juntos e imaginar soluciones legales a problemas emergentes. De hecho, dada la seriedad de la producción normativa de carácter ordinario, hay una cuestión muy real: la de si el reparto de poder en la Fundación entre las diferentes ramas sigue teniendo sentido. Dados los cambios profundos en las perspectivas para la toma de decisiones políticas en la Cámara, el Senado y la Presidencia, sería muy sorprendente que los Fundadores hubiesen dado a cada una de las ramas precisamente los poderes legislativos que pudiesen promover el objetivo de la deliberación pública y cívica en las condiciones modernas. Para poner un solo ejemplo, el agresivo uso del poder de veto del Presidente en la República Moderna es radicalmente diferente de su uso en la República Temprana[44]. Estos cambios en el equilibrio del poder legislativo la perspectiva institucional abren una rica agenda para una crítica neofederalista de los dispositivos existentes ¿Qué cambios en el equilibrio legislativo serían lógicos dada la forma cambiante en que Cámara, Senado y Presidente representan al «Pueblo» en la política ordinaria? ¿Qué cambios en el equilibrio ponen en peligro compromisos dualistas más profundos, especialmente el hecho de que no pueda permitirse a *ninguna* rama del gobierno normal volverse tan poderosa que pueda obligar a las otras a reconocerla a ella como el portavoz *no problemático* del Pueblo?

Estas son, clarísimamente, preguntas difíciles que requieren una mezcla de filosofía y de juicios prácticos dignos del propio Publius. Mi única objeción es que la tradición wilsoniana impide a la ciencia política moderna hacer su necesaria contribución. En la medida en que muchos politólogos creen que el intento mismo de alejarse de la concentración de poder al estilo británico es conceptualmente confusa y profundamente antidemocrática, no podemos formular, y mucho menos responder, las preguntas correctas relativas a la reconsideración del equilibrio de poderes en la República Moderna.

---

[44] Véase cap. 3, pp. 92-93. Otras cuestiones importantes son el uso del veto legislativo y las órdenes ejecutivas. Más allá de estos temas particulares, hay otros más profundos: el estatus de la burocracia como «cuarta rama» del gobierno, el adecuado equilibrio del poder en la conducción de las relaciones exteriores…

El Tribunal Supremo

Lo mismo vale a la hora de hacer una valoración equilibrada del Tribunal Supremo moderno. Las ansiedades de los wilsonianos respecto a la separación de poderes alcanzan su punto álgido cuando se refieren a la más peculiar de las instituciones estadounidenses: ¿qué es lo que confiere a Nueve Viejos Juristas la autoridad democrática para vetar las conclusiones legales de Nuestros Representantes Electos? Ya es bastante malo que la responsabilidad legislativa esté repartida de una manera tan difusa entre nuestros representantes de forma que genere omisión de responsabilidades, confusión e indecisión. Pero la cosa es todavía peor cuando el Tribunal Supremo invalida el resultado. Aunque la Cámara, el Senado y el Presidente pueden no ser tan democráticos como la Cámara de los Comunes, al menos los actores principales son elegidos. Esto es más de lo que puede decirse del Tribunal Supremo. No tiene nada de extraño que en Inglaterra no exista la revisión judicial: ¡allí saben muy bien qué aspecto tiene una democracia adecuada!

Estos wilsonianismos han dado forma a la moderna escuela de la teoría constitucional. Estos demócratas monistas, como les llamo yo[45], empiezan colocando todos y cada uno de los ejercicios de revisión judicial bajo la nube de la «dificultad de contradecir a una mayoría». Según la clásica afirmación de Alexander Bickel, la declaración judicial de invalidez de una norma del Congreso pone a los jueces en vía de colisión con «el pueblo real aquí y ahora»[46]. Si se tiene en cuenta esta ruptura, la tarea de la teoría constitucional es inevitablemente apologética. ¿Existe alguna forma de rehabilitar la legitimidad del Tribunal, dado su ataque frontal a los fundamentos mismos de la identidad democrática de Estados Unidos?

Esta es una pregunta demasiado melodramática para el neofederalista. Cuando rechaza una ley ordinaria, el blanco al que apunta el Tribunal es mucho menor que la propia democracia. Lo que está cuestionando es el mandato popular de los más o menos quinientos políticos/estadistas de Washington, DC. Si bien todos ellos han ganado unas elecciones, lo han hecho normalmente sobre la base del voto blando de una mayoría de ciudadanos *privados* que reconocen que no han prestado a muchos temas clave el tipo de sobria consideración que merecen. El Presidente y el Congreso no tienen normalmente el apoyo *meditado* del Pueblo para atacar los principios establecidos por pasados éxitos en política constitucional. Si el Tribunal está en lo cierto al dictaminar que estos políticos/estadistas han ido más allá del mandato recibido, está fomentando la democracia,

---

[45] Véase cap. 1, pp. 25-29.

[46] A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 17.

no frustrándola, al poner de manifiesto que nuestros representantes son meros «sucedáneos» del Pueblo y que su palabra no ha de confundirse con el juicio colectivo *del propio Pueblo*.

Si rechazamos la «dificultad de contradecir a la mayoría» no estoy dando al moderno Tribunal Supremo un cheque en blanco. No niego que es poco democrático que Nueve Viejos Juristas obliguen al país a aceptar los ideales morales que han obtenido su aprobación por cinco votos a cuatro. Lo que pretendo es sugerir una tercera posibilidad: que el Tribunal moderno ha estado haciendo un trabajo creíble (pero no perfecto) al interpretar los principios constitucionales trabajosamente acordados por Nosotros, el Pueblo durante la Fundación, la Reconstrucción, el *New Deal* (y otros momentos constitucionales menores). Por supuesto, no espero que el tratamiento introductorio que he hecho de este tema en la Primera Parte resuelva todas las dudas. Mi objetivo ha sido sugerir lo mucho que podemos aprender del pasado una vez que reorientamos la teoría constitucional, alejándola de la «dificultad de contradecir a una mayoría» y aproximándola a la posibilidad de interpretación. El reto es profundizar nuestra comprensión de la práctica interpretativa del Tribunal, desde *Marbury* a *Brown*, desde *Lochner* a *Griswold*, para ayudar a los tribunales a aprovechar en el futuro nuestro legado constitucional al máximo.

Incluso si, en última instancia, uno está convencido de la posibilidad de tomarse en serio la interpretación judicial, es importante no exagerar la afirmación dualista relativa a la revisión judicial. No estoy sugiriendo que un Tribunal que haya cumplido sus responsabilidades interpretativas con gran perspicacia pueda pretender representar al Pueblo *mejor* que el Presidente o que el Congreso. Lo que digo es muy distinto: durante la política normal, *nadie* representa al Pueblo de una forma no problemática: ni el Tribunal, ni el Presidente, ni el Congreso, ni una encuesta Gallup. Dado el carácter «blando» de la opinión pública ordinaria, es simplemente imposible decir cómo el pueblo de hoy decidiría un tema si se movilizasen sus energías políticas y negociasen con éxito una nueva solución constitucional. Durante el proceso mismo de debate activo y toma de decisiones, muchos pareceres cambiarían y muchas nuevas direcciones se explorarían antes de alcanzar una nueva solución constitucional. Solo un loco se atrevería a predecir el resultado de este hipotético proceso de producción normativa de carácter superior sobre la base de las opiniones «blandas» expresadas durante un periodo de vida política ordinaria. En vez de ello hemos de enfrentarnos a la verdad publiana: durante la política ordinaria, el Pueblo simplemente no existe; solo puede ser representado por unos «sucedáneos»

Déjenme que exprese esta cuestión crucial de la representación en los términos de las interminables bromas que nos hacemos unos a otros acerca de las buenas y las malas noticias. La buena noticia acerca del Presidente

y del Congreso es que ellos representan la voluntad democráticamente expresada de la generación actual; la mala noticia es que la ciudadanía actual no presta atención a la vida pública y no está dispuesta a dar a los temas fundamentales la clase de juicio meditado que se merecen. La buena noticia acerca del Tribunal es que está interpretando los principios constitucionales afirmados por el pueblo estadounidense en unos momentos en que su atención política y su energía estaban totalmente centradas en estos asuntos; la mala noticia es que los estadounidenses que formularon estos juicios constitucionales considerados están muertos.

Sería bonito, supongo, vivir en un mundo en el que todas las noticias fueran buenas. Habrá momentos en el futuro, como en el pasado, en los que uno u otro grupo de *ciudadanos* privados empezarán a suscitar el interés de un grupo mayor de compatriotas; la charla política débil, fragmentaria e inconexa en la sobremesa o en el lugar de trabajo empezará a centrarse en la agenda constitucional de un movimiento particular y dará forma al debate en foros más públicos; cada vez más, la iniciativa transformadora dominará la vida política del país; se disputarán unas elecciones centradas en la agenda del movimiento y, a consecuencia de ello, se producirá una transformación en la opinión pública en la forma de entender la naturaleza de los temas, así como el carácter de las posibles soluciones; luego, tras largos enfrentamientos en diferentes lugares públicos, un movimiento podrá finalmente ganar la autoridad constitucional para hablar, una vez más, en nombre de Nosotros, el Pueblo. En estos momentos, el Tribunal Supremo debería ceder a esta nueva expresión de la voluntad constitucional intentando integrar la nueva solución constitucional en las viejas estructuras que el Pueblo haya dejado intactas. Pero, durante las épocas más normales, ¿acaso no es mejor que el Tribunal represente al Pueblo *ausente* obligando a nuestros políticos/estadistas electos a medir sus conclusiones legales respecto a los principios alcanzados por aquellos que más exitosamente han representado al Pueblo en el pasado?

Dentro de este marco neofederalista, la revisión judicial puede recomendarse sin necesidad de implicar a sus partidarios en una charla espuria acerca de una íntima comunión de los jueces con el «consenso de la comunidad contemporánea». Si estas frases pretenden sugerir la existencia de un conjunto de principios de moralidad pública que han sido conscientemente afirmados por el grueso de los estadounidenses actuales de una manera ponderada, están eludiendo el problema. En vez de suponer que este consenso existe normalmente, la cuestión es cómo puede formarse y cuál es el mejor modo de gobernar democráticamente durante aquellos periodos en los que la gente está centrada en otras cosas.

Desde este punto de vista, el ejercicio retrospectivo de la interpretación del Tribunal Supremo empezará a parecer un aspecto fundamental de

una empresa más general de soberanía popular orientada hacia el futuro. Tratando de representar las implicaciones concretas de los principios afirmados en el pasado en nombre del Pueblo, el Tribunal invita al grupo dominante de políticos/estadistas y al público en general a participar en un diálogo crítico sobre el futuro: si hay algo gravemente erróneo en el legado de la normativa de carácter superior heredado del pasado, ¿en qué consiste exactamente? ¿Podemos, Nosotros, el Pueblo de hoy, articular nuestras propuestas revisiones en un lenguaje que mueva a la masa de ciudadanos pasivos hacia una actividad política movilizada?

Enfrentados con el reto del Tribunal, nuestros representantes electos pueden, por supuesto, considerarse incapaces o no estar dispuestos a superar la defensa por parte del Tribunal Supremo de los juicios pasados del Pueblo adoptando con éxito la senda de la producción normativa de carácter superior y llevando al Pueblo a negociar una nueva solución constitucional. Sin embargo, estos fallos no deberían por sí mismos deslegitimar la revisión judicial. Simplemente expresan la sólida verdad publiana acerca de la dificultad de movilizar a una mayoría de *ciudadanos* privados en una democracia liberal.

Tampoco sirve responder denunciando a un Tribunal interpretativista como excesivamente conservador, si no francamente antidemocrático. Esta fácil condena ignora las consecuencias extraordinarias que se producen cuando, tras muchos años de una lucha larga y difícil, un movimiento político se gana la autoridad constitucional para hablar en nombre del Pueblo. Una vez que esto sucede, el movimiento popular ya no estará obligado a invocar de un modo tan extravagante las energías políticas del pueblo estadounidense. Su logro constitucional quedará intacto aunque la mayoría de ciudadanos privados cedan a una relativa pasividad. Pese al inexorable retorno de la política ordinaria, los logros legales del movimiento permanecerán en el centro de la conciencia de los juristas constitucionales, que reconocerán una alta responsabilidad para examinar la política ordinaria respecto a los principios constitucionales del movimiento. Desde este punto de vista, el Tribunal Supremo no es precisamente un amigo conservador del *statu quo*, sino el representante de un Pueblo movilizado durante el prolongado periodo de apatía, ignorancia y egoísmo que caracteriza la vida colectiva de la ciudadanía privada de una república liberal.

10
LA PRODUCCIÓN NORMATIVA DE CARÁCTER SUPERIOR

De la política ordinaria a la producción normativa de carácter superior

En el último capítulo, hemos abordado los dualismos de la Fundación desde una perspectiva con la que Publius no hubiera simpatizado. Él hablaba de política constitucional con la voz segura del revolucionario triunfante y contemplaba con ansiedad la perspectiva de la política ordinaria. Mi ejercicio de neofederalismo arrancaba invirtiendo el campo interpretativo: ¿considerarían tal vez más asequible los estadounidenses modernos su herencia dualista si empezasen con las realidades más mundanas de la política ordinaria?

En la medida en que la producción normativa de carácter superior sigue siendo misteriosa nos alejamos de nuestro objetivo. Este capítulo retoma el problema y lo sitúa en el contexto precedente de la política ordinaria. Seguiré el ciclo vital de un movimiento triunfante de política constitucional, empezando en el punto en el que ha ganado un apoyo lo suficientemente amplio y profundo entre la ciudadanía privada como para garantizar la admisión del proceso de producción normativa superior. Durante esta fase de señalización, el movimiento obtiene la autoridad constitucional para afirmar que, a diferencia de las incontables facciones ideológicas que compiten en la política ordinaria, su agenda reformista ha de situarse en el centro de un escrutinio público sostenido.

Esto nos lleva a la segunda fase del proceso: la propuesta. Aquí, el sistema de la producción normativa de carácter superior alienta al movimiento a centrar su retórica en una serie de propuestas más o menos operativas de reforma constitucional.

Con la maduración de este proceso, se va preparando la tercera fase: la deliberación popular movilizada. Aquí, las propuestas transformadoras del movimiento se ponen a prueba una y otra vez en el marco del sistema de la producción normativa superior. El resultado puede ser muy decepcionante para los activistas del movimiento: el éxito del movimiento en la fase

de señalización solo puede catalizar una poderosa reacción, en la que una «mayoría previamente silenciosa» se organiza para defender enérgicamente unas prerrogativas constitucionales tradicionales. El resultado en este caso será un momento constitucional fallido en el que el sistema de producción normativa de carácter superior rechaza las pretensiones del movimiento y devuelve a sus partidarios a los triunfos y derrotas más modestos de la política normal.

Pero si el movimiento emerge de su periodo de prueba institucional con una base de apoyo más amplia y profunda, el sistema de producción normativa superior pasa a su fase final: la codificación. Aquí, el Tribunal Supremo empieza la tarea de traducir la política constitucional en norma constitucional, suministrando los sólidos principios doctrinales que guiarán la política ordinaria durante muchos años.

Mi objetivo será definir, en cada fase de este proceso, las funciones básicas que han de cumplir las instituciones que se encargan de la producción normativa de carácter superior en una democracia dualista creíble. Esta evaluación funcional proporcionará una perspectiva crítica sobre la maquinaria de este tipo de producción normativa existente en Estados Unidos. Después de dos siglos, ¿cómo cumplen actualmente nuestras instituciones las funciones fundamentales de señalización, proposición, deliberación y codificación?

Creo que actualmente no estamos en muy buena forma y que la reforma de nuestras instituciones de producción normativa de carácter superior debería ocupar un lugar importante en la agenda neofederalista. Aunque en la primera parte he presentado una propuesta concreta, este capítulo no se ocupa de defenderla[1]. Es más importante proporcionar un marco para futuros análisis. Esta cuestión ha suscitado una escasa atención recientemente. Se requiere un debate mucho más detallado si queremos entender bien lo que está en juego en las medidas reformistas particulares.

El marco en el que me sitúo se basa en el bosquejo de la historia constitucional presentado en la primera parte. Allí he sugerido que, durante los dos últimos siglos, los estadounidenses han erigido dos sistemas distintos de producción normativa de carácter superior. El sistema *clásico* funciona de acuerdo con las líneas esbozadas por los Federalistas de la Fundación en el Artículo 5 de la Constitución original. Aquí, la señal constitucional decisiva la emite una reunión de la asamblea deliberativa de ámbito nacional; el proceso de ratificación lo llevan a cabo las asambleas popularmente elegidas en los distintos estados; y el proceso de codificación judicial lo guía una enmienda Constitucional formal.

---

[1] Véase cap. 2, pp. 73-78.

El sistema *moderno* tiene unas raíces históricas que se remontan a la «Revolución de 1800» de Thomas Jefferson pero que llega a su mayoría de edad con el régimen moderno inaugurado por el Partido Demócrata de Franklin Delano Roosevelt. Aquí la señal constitucional decisiva la emite un Presidente que afirma tener un mandato del Pueblo. Si el Congreso respalda esta afirmación aprobando unas leyes transformadoras que cuestionan los fundamentos del régimen preexistente, estas leyes son tratadas como el equivalente funcional de una propuesta de enmienda constitucional.

Queda así preparado el terreno para pasar a la tercera fase: la deliberación movilizada. Aquí el Tribunal Supremo invalida la oleada inicial de normas transformadoras y desafía al movimiento ascendente a refinar su visión y acudir al Pueblo para conseguir una nueva muestra amplia y profunda de apoyo popular. Si el Presidente y el Congreso están a la altura del reto aprobando una nueva serie de leyes y demuestran tener un amplio apoyo popular en la siguiente ronda electoral, el asunto regresa al Tribunal para su reconsideración ¿Ha de invalidar el Tribunal esta segunda serie de normas transformadoras y efectuar una escalada en la lucha constitucional desatada? ¿O ha de reconocer que el Pueblo ha hablado de una forma sostenida y deliberada y que oponer más resistencia sería contraproducente?

Si llega a esta segunda conclusión, el Tribunal ejecuta un «cambio a tiempo» sin esperar a la aprobación de una enmienda constitucional formal. Siguiendo los precedentes del *New Deal*, los jueces proceden a la fase de la codificación emitiendo una serie de dictámenes transformadores para validar la segunda serie de leyes pese a su inconsistencia con los principios legales básicos que cimentaban el régimen anterior.

Si bien el sistema moderno no es muy bien entendido por los juristas, actualmente se encuentra en el centro de la conciencia constitucional del Pueblo estadounidense. Así, cuando los Republicanos de Reagan trataron de revocar los principios del gobierno nacional intervencionista constitucionalizado por vez primera por los Demócratas del *New Deal*, no recurrieron al sistema clásico. En un reconocimiento paradójico de los partidarios del *New Deal*, trataron de utilizar el sistema rooseveltiano de liderazgo presidencial para revocar la sustancia del *New Deal*. Una vez más, vimos a un Presidente reclamando tener un mandato del Pueblo para aprobar unas normas transformadoras, en este caso unas leyes que cuestionaban los fundamentos fiscales del Estado del bienestar y los principios básicos de la tributación progresiva. Una vez más, vimos a un Presidente pidiendo al Tribunal Supremo que hiciese un cambio a tiempo para revocar doctrinas fundamentales del régimen constitucional existente y reforzando esta iniciativa con el nombramiento de magistrados que, como en el caso de los jueces partidarios del *New Deal* Frankfurter, Douglas y Jackson, fueran capaces de (y estuvieran dispuestos a) cambiar radicalmente la norma

constitucional mediante una serie de dictámenes transformadores. A diferencia de Roosevelt, Reagan no consiguió ganar la autoridad para llevar a cabo estos nombramientos judiciales transformadores, pero no por ello su intento es menos instructivo. Aparentemente, el sistema del *New Deal* está tan arraigado en la mente pública que incluso aquellos que invertirían otros aspectos del logro demócrata están dispuestos a utilizarlo.

¿En qué sentido, pues, son comparables el moderno sistema de liderazgo presidencial y el sistema clásico por lo que respecta al cumplimiento de las funciones básicas de señalización, proposición, deliberación y codificación que son cruciales en una democracia dualista?

La visión sombría y más allá

Pero nos estamos adelantando. Antes de distinguir el sistema moderno del clásico, hemos de examinar algunos temas conceptuales más generales. En particular, ¿qué es lo que distingue exactamente el raro éxito de la producción normativa de carácter superior respecto a los ejercicios de producción normativa de carácter ordinario que se realizan cada día en la vida del país?

Empecemos evitando una tentadora pero excesiva simplificación. Resulta muy fácil definir el carácter distintivo de la producción normativa de carácter superior si adoptamos un punto de vista demasiado sombría del gobierno ordinario. Esta imagen sombría trata la política regular como si produjese leyes que no son más que tratos hechos entre grupos de intereses egoístas que solo miran por sí mismos indiferentes al bienestar general; describe a los legisladores como si fueran una especie de corredores de bolsa tratando de complacer los intereses egoístas dominantes en sus circunscripciones electorales. Sobre este fondo sombrío, la normativa de carácter superior parece realmente superior: es el único tipo de legislación en el que alguien se toma en serio el interés público.

Yo rechazo esta visión sombría. Como sugería el capítulo anterior[2], este punto de vista no puede explicar algunos aspectos básicos de la política ordinaria, como por qué millones de estadounidenses se toman la molestia de ir a votar cuando hay elecciones. Esta participación regular y formalizada sería inexplicable si realmente viviéramos en un mundo de privatistas perfectos preocupados solo por ellos mismos. En nombre del realismo, no del idealismo, mi modelo de política ordinaria consideraba la existencia de millones de ciudadanos *privados* como un aspecto central del funcionamiento de la democracia estadounidense. Aunque admitan que no han dado a la política nacional la deliberación sostenida que merece, sí

[2] Véase cap. 9, pp. 270-279.

reconocen que hay algo más en la vida pública que la búsqueda del interés privado (en caso contrario, ni se molestarían en votar).

La economía de la virtud de mi modelo no terminaba con la masiva presencia de una ciudadanía pasiva el día de las elecciones. Incluso en tiempos de política ordinaria, preveía la existencia de tipos más activos organizándose y haciendo campaña a favor de proyectos de redefinición y renovación política. Algunos de estos esfuerzos organizativos pueden muy bien conseguir el apoyo de miles y miles de *ciudadanos* privados, dispuestos a sacrificar tiempo y dinero para establecer uno u otro grupo de «interés público» como una presencia significativa en el proceso de producción normativa de carácter ordinario. Si sumamos a todos estos grupos tendríamos cientos y cientos de miles (probablemente millones) de ciudadanos seriamente preocupados por uno u otro proyecto de redefinición nacional.

La presencia de ciudadanos, tanto activos como pasivos, en el proceso político normal basta para reducir el carácter sombrío de este punto de vista. La línea que separa la producción normativa ordinaria de la superior ha de dibujarse con un trazo más fino ¿Cómo hay que proceder?

Este es el comienzo de mi respuesta: durante la política ordinaria, ninguna agrupación de «interés público» es lo suficientemente poderosa para imponer su agenda en el centro de la problemática política; para que los políticos/estadistas normales traten *sus* problemas como *los* problemas más importantes, *tienen* que responder si confían en continuar representando al Pueblo.

Esta falta de relevancia política puede medirse en función de dos ejes diferentes aunque relacionados. El primero compara las agendas de «interés público» de los grupos rivales. En una sociedad libre, diferentes facciones identificarán diferentes problemas como el centro de sus preocupaciones movilizadoras: desde el derecho a llevar armas hasta el desarme nuclear, desde el derecho al aborto a la preservación de las especies en peligro de extinción, desde los derechos de las minorías al carácter sagrado de la propiedad. Durante la política ordinaria, los partidarios de cada uno de estos temas, y de otros muchos, forcejearán para llamar la atención sobre sus agendas particulares. Sus esfuerzos por canalizar el proceso legislativo en tantas direcciones diferentes solo pone de manifiesto la falta de un consenso amplio y profundo acerca de la dirección del futuro cambio.

Compiten entre sí por la primacía ideológica al mismo tiempo; todos los grupos ciudadanos tienen que luchar contra una resaca muy poderosa que reduce la centralidad de todo el ámbito de la política y los principios. Durante la política ordinaria, la mayoría de políticos/estadistas ha aprendido lo peligrosos que son los compromisos ideológicos fuertes. Tomar partido en un asunto puede ganarte la enemistad imperecedera de los

oponentes movilizados. Incluso los activistas «amigos» pueden traerte problemas a la larga si van haciéndote demandas cada vez más extremas como condición para seguir dándote su apoyo. Los políticos a menudo considerarán más prudente dar un poco a cada lado de un conflicto para cubrir de este modo su postura final con un velo de ambigüedad. Después de todo, la mayor parte de votantes no están tan implicados en la causa como puede sugerir la apasionada retórica de los más activistas. En vez de invertir fuertemente en política ideológica, ¿no es mucho más sensato apelar a los intereses básicos de los electores? ¡Votadme a mí! ¡Yo puedo hacer mucho por Massachusetts! Este énfasis en el servicio al electorado es especialmente atractivo para los titulares de un cargo en la medida en que la antigüedad es un mérito tanto en la Cámara como en el Senado. Si los de casa envían a alguien nuevo al Capitolio, tendrán que esperar mucho tiempo antes de que este pueda hacer tanto por ellos como puede hacerlo un parlamentario veterano. Si el titular de un escaño sigue trayendo el pan a casa, ¿no es de tontos apearlo de su escaño por una u otra disputa de carácter político?

Naturalmente, estas estrechas llamadas a las ventajas que pueden obtener los electores pueden llegar a tener una significación menor para ellos en tiempos de movilización política. De repente, los titulares de un cargo pueden descubrir que sus años de valiosos servicios a los electores de su circunscripción electoral cuentan menos que el hecho de defender «aquello que hay que defender» en el Capitolio. En esos momentos, el político/estadista reinante puede llegar a hacer unas declaraciones contundentes en nombre de causas de las que hasta ese momento solo tenía un conocimiento superficial.

Pero esto no invalida en absoluto el núcleo del argumento: normalmente el grueso de la ciudadanía *privada* no se centrará en una sola causa con ese grado de seriedad política y para la mayoría de políticos/estadistas será prudente rebajar el tono de los principios más polémicos si, durante los largos periodos de mayor pasividad en los compromisos por parte de las masas, no quieren descubrir que han hecho una mala elección ideológica.

Señalización

«No somos meros políticos. Venimos en nombre del Pueblo a exigir una revisión fundamental de nuestra norma superior». Naturalmente, a los portavoces de cualquier grupo de interés les encantaría tener la autoridad constitucional para hacer esta afirmación. Sin embargo, una constitución dualista trata de garantizar que este tipo de pretensiones *solo* se tomen en serio cuando nuestros representantes en Washington tienen un apoyo extraordinario para su iniciativa en todo el país. Extraordinario en tres sentidos: por su profundidad, por su amplitud y por su contundencia.

Profundidad

La profundidad apunta a la calidad de la participación pública y la mejor forma de explorarla es retomando los dos dilemas centrales de la ciudadanía privada[3]. Primero, los ciudadanos normalmente no han reunido la información suficiente para formarse una opinión. Segundo, no han sondeado conscientemente sus reacciones iniciales ¿Están dando demasiado peso a sus intereses egoístas? ¿Han considerado *seriamente* los «derechos de los ciudadanos y los intereses permanentes de la comunidad»?

La profundidad del apoyo de que goza un movimiento popular se mide por los esfuerzos especiales que han hecho al respecto sus adherentes. La valoración de estos esfuerzos no admite, por supuesto, respuestas rotundas de sí o no. No existe ese momento mágico en el que un ciudadano privado exclama *¡Eureka!* y anuncia que ha llegado a un *juicio meditado* sobre un problema que le ha estado preocupando; no existe un instante concreto en el que un ciudadano *privado* pasivo se transforma en un *ciudadano* privado activo.

Sin embargo, la noción de «alcanzar un juicio meditado» no es ni arbitraria ni poco familiar. Todas las personas adultas utilizan constantemente esta noción en su vida diaria. Considere, por ejemplo, cómo procedería usted si estuviese buscando una casa nueva o un apartamento ¿Se quedaría el primero que encontrase? Para algunos, la respuesta es «sí» pero incluso estos reconocerían que no estarían actuando de una manera meditada. La persona prudente trata de averiguar cuáles son sus alternativas. No menos importante que los datos en bruto es un poco de autoexamen. La búsqueda de un apartamento raramente se lleva a cabo sin que el buscador considere qué pretende *realmente* ¿Necesito esta habitación extra a costa de prescindir de otra cosa? ¿Qué importancia tiene que el apartamento esté situado en un distrito escolar estupendo/horrible/ni fu ni fa? Sean cuales sean sus respuestas, usted ha de considerar preguntas como estas antes de hacer una elección *meditada* sobre su futuro hogar.

Y lo mismo puede decirse cuando uno actúa como un *ciudadano* privado. Antes de formular un juicio acerca de «los derechos de los ciudadanos y los intereses permanentes de la comunidad», debería examinar sus inclinaciones con el mismo nivel de intensidad que aplicaría a una decisión relativa a la búsqueda de una nueva vivienda. Son cuestiones diferentes, por supuesto. En vez de definir qué es lo «realmente» importante para usted y su familia, en este caso ha de deliberar acerca de los mejores intereses de Estados Unidos. Estoy pensando en el grado de escrutinio que aplicaría usted en este caso ¿He dedicado a debatir conmigo mismo la cuestión de la autodefinición nacional tanto tiempo como el que dedicaría a la casa que ha de convertirse en mi hogar durante los próximos años?

[3] Véase cap. 9, pp. 269-270.

Quizá esta forma de plantear la cuestión es poco favorable a la idea de *ciudadanía* privada. La deliberación sobre la compra o alquiler de una casa requiere un compromiso relativamente intensivo pero breve con los hechos del mercado inmobiliario. Informarse acerca de una cuestión política es generalmente un asunto más acumulativo: las conversaciones de sobremesa o con los colegas en el lugar de trabajo, las reacciones a los telediarios y a las noticias de los periódicos pueden ser útiles, a la larga, para formarse una opinión acerca de las opciones básicas a las que ha de hacer frente el Pueblo estadounidense y formular de este modo un juicio meditado acerca del interés nacional.

No se trata de que el *ciudadano* privado se imagine que está buscando una perspectiva deliberativa ideal. Al contrario, la búsqueda de perfección puede resultar inhabilitante: siempre es posible obtener información más relevante, siempre es posible examinar más detenidamente los compromisos de uno con la ciudadanía pero llega un momento en que uno ha de dejar de deliberar y ha de tomar una decisión ¿Esta casa o aquella? ¿Este ideal para la nación o aquel?

Diré que el apoyo de un *ciudadano* privado es «profundo» tanto cuando ha deliberado acerca de su compromiso con un ideal nacional como cuando considera apropiado hacerlo antes de emitir un juicio meditado sobre una decisión importante para su vida privada.

Amplitud

Sin embargo no basta con que un movimiento tenga profundidad; también ha de tener amplitud. Los números cuentan. Antes de que se permita a un grupo colocar una iniciativa suya en la agenda de la producción normativa de carácter superior, tiene que haber muchos ciudadanos privados que piensen que la reforma ha de tomarse en serio ¿Cuántos?

En principio, esta cuestión no puede contestarse con un simple número. Hemos de distinguir, entre los adherentes de un movimiento, al menos cuatro tipos. En primer lugar, hay relativamente pocos ciudadanos públicos dedicados a la causa a jornada completa. Luego están los *ciudadanos* privados cuyo carácter acabamos de describir. Luego, los ciudadanos *privados* que respaldan la causa sobre la base de juicios que no satisfacen sus propios baremos de seriedad deliberativa. Finalmente, están los privatistas perfectos que apoyan al movimiento porque consideran que es de su interés hacerlo.

Cada movimiento político atrae a los cuatro tipos, en diferentes combinaciones, por supuesto. Al reivindicar que habla en nombre del Pueblo, un movimiento afirma que tiene entre los suyos un porcentaje mayor de lo usual de *ciudadanos* privados, así como que ha conseguido el apoyo más blando de un número mayor de ciudadanos *privados* ¿Qué magnitud han

de alcanzar estos números antes de que se permita a un movimiento señalar su ascenso a la fase de la producción normativa de carácter superior?

Antes de establecer un número, tenga en cuenta que estamos abordando solo la primera fase de un proceso largo. Incluso después de que un movimiento haya situado su iniciativa en la agenda, tendrá que ganar muchas batallas antes de que su propuesta se convierta en parte de nuestra norma superior. En consecuencia, sería erróneo elevar demasiado el listón en esta primera etapa. Hay mucho margen para el desacuerdo de buena fe respecto a las cifras, pero déjenme concretar algunas a efectos de mi exposición argumental. Supongamos que una Constitución dualista exige que un movimiento tenga el apoyo profundo de un 20 por 100 de la ciudadanía, y el apoyo adicional de un 31 por 100 de los ciudadanos *privados*[4] para poder colocar su iniciativa en la agenda de la producción normativa de carácter superior.

Contundencia

Profundidad y amplitud. ¿Es razonable pedir más? Yo creo que sí. El problema reside en una famosa paradoja del voto elaborada por vez primera por Condorcet hace dos siglos. Aunque un movimiento haya ganado un 20 + 31 por 100 de apoyo, Condorcet estableció que puede que haya un grave problema con su reivindicación democrática de legitimidad.

Para entender bien el carácter fundacional del argumento de Condorcet, partamos de que el sistema de producción normativa de carácter superior está por lo demás funcionando de una manera libre y equitativa, ya que el problema conceptual puede surgir incluso en este caso. En esta misma línea, estipulemos que los representantes electos reflejan fielmente la división de opiniones entre la ciudadanía. Simplificados tantos problemas prácticos, podemos abordar ahora el problema conceptual que obliga al demócrata dualista a algo más que amplitud y profundidad, algo que llamaré «contundencia».

Para ilustrar la paradoja[5], supongamos que los estadounidenses están divididos en tres grupos al hacer frente a un problema en la agenda pública. Digamos que la tercera parte de la población piensa que la mejor respuesta al problema racial en este país es la meritocracia: juzgar a cada persona por sus méritos, sin tener en cuenta el color de su piel; otra tercera parte cree en la acción afirmativa: dar a los grupos tradicionalmente oprimidos una

---

[4] Recuérdese que los estadounidenses que son privatistas perfectos ni siquiera consideran que valga la pena ir a votar. Véase cap. 9, pp. 270-271, supra. Por consiguiente, no tenemos por qué preocuparnos de cómo han de ser contados sus (inexistentes) votos.

[5] Para una introducción útil a estos rompecabezas, véase Allan Feldman, *Welfare Economics and Social Choice Theory*, Bostón, Martinus Nijhoff Publishing, 1980, caps. 9-11. Para una discusión más avanzada y una revisión de la floreciente literatura sobre el tema, véase D. Mueller, *Public Choice II*, cit.; Amartya Sen, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, Holden Day Inc., 1970 (muy inteligente, pero obsolescente).

oportunidad compensatoria en la contratación y en la promoción; y la otra tercera parte cree en el desarrollo separado: dotar a los líderes de la minoría de recursos para que refuercen a sus propias comunidades, dejando a las instituciones de la comunidad dominante relativamente intactas. Supongamos, además, y esto es fundamental, que estos tres grupos no solo discrepan acerca de cuál es la mejor estrategia, sino también acerca de la segunda mejor estrategia. Aunque los meritócratas no están de acuerdo con la acción afirmativa, la consideran menos lesiva que el desarrollo separado, ya que el separatismo, a su modo de ver, tiende a incrementar y no a disminuir el distanciamiento entre los diferentes grupos de estadounidenses. Los separatistas, en cambio, consideran la acción afirmativa como la peor de las tres alternativas, ya que drena a la comunidad minoritaria de sus miembros más vitales. Finalmente, los afirmativistas piensan que el separatismo es moralmente superior a la meritocracia, que ellos consideran una falsa forma de integración. Poniendo estas clasificaciones de rango en forma de gráfico, tenemos:

Meritócratas (menos del 50%)	*Afirmativistas* (menos del 50%)	*Separatistas* (menos del 50%)
M	A	S
A	S	M
S	M	A

Este desglose, por supuesto, es solo hipotético. No pretendo que describa ninguna realidad pasada, presente o futura. Sin embargo, en la medida en que podría darse hemos de considerar sus implicaciones para el diseño de la normativa de carácter superior. Supongamos que uno de los tres grupos –los afirmativistas, por ejemplo– moviliza el apoyo profundo de un 20 por 100 de la ciudadanía y pide que la Constitución le permita situar a A en la agenda de la producción normativa superior ¿Lo conseguirá?

Todo depende de su habilidad a la hora de manipular la agenda legislativa. Veamos: los meritócratas y los afirmativistas pueden unirse votando A en forma de ley sobre S; los separatistas y los meritócratas, sin embargo, pueden colaborar para derrotar a A y hacer que el vencedor sea M; por su parte, afirmativistas y separatistas pueden unirse para derrotar a M y sustituirla por S. En la medida en que la asamblea siga votando las diversas alternativas por parejas, el ciclo procederá indefinidamente. En un escenario más realista, no se permitirá que el ciclo de votaciones proceda de manera indefinida. Los líderes de la asamblea fijarán el orden de votaciones. En este caso, la victoria vendrá determinada por la forma como se manipule la agenda: si el último voto empareja a A contra S, ganarán los afirmativistas; si empareja a A contra M, vencerán los meritócratas; si a M contra S, los separatistas.

Viendo esto, los afirmativistas se sitúan en las posiciones cruciales para controlar la agenda y consiguen manipular el orden de las votaciones para obtener el apoyo «blando» de los meritócratas en la última votación contra los separatistas. Este triunfo, supongo, permitiría a los afirmativistas decir que han satisfecho con éxito las condiciones de la profundidad y la amplitud: ¡al fin y al cabo, han conseguido el apoyo profundo del 20 por 100, y el apoyo más superficial del 31 por 100 de sus compatriotas estadounidenses a favor de su iniciativa legislativa superior!

Pero esto no debería ser suficiente, porque los afirmativistas no deben su victoria al hecho de que una mayoría del pueblo estadounidense cree que su propuesta es mejor que la de sus rivales. La deben simplemente a la superior habilidad de sus líderes para manipular la agenda legislativa. Estos éxitos en el liderazgo legislativo pueden ser suficientes para obtener victorias políticas ordinarias pero no deberían ser suficientes en la producción normativa de carácter superior, cuya esencia misma es identificar aquellos principios que representan algo más que las opiniones que son dominantes en los centros del poder en Washington. Si, por consiguiente, una propuesta merece un lugar en la agenda de la producción normativa superior, el apoyo que tenga en el país habrá de ser no solo amplio y profundo; tendrá que estar en condiciones de derrotar a *todas* las alternativas posibles[6] en una serie de votaciones por parejas; dicho en la jerga del ramo, ha de ser una propuesta ganadora a la manera de Condorcet[7].

La inadecuación del voto como mecanismo de señalización

Ahora podemos abordar nuestro primer problema de diseño en la producción normativa de carácter superior: ¿cómo crear un mecanismo institucional

---

[6] Añado la noción de alternativas «plausibles» para tratar (de forma probablemente no adecuada) los retos a la teoría democrática introducidos por los «teoremas del caos» propuestos por Richard McKelvey, «Intransitivities in Multidimensional Voting Models and Some Implications for Agenda Control», *Journal of Economic Theory*, vol. 12, 1976, p. 472; y Norman Schofield, «Instability of Simple Dynamic Games», *Review of Economic Studies*, vol. 45, 1978, p. 575. Estos autores han establecido que la existencia de ciclos «a lo Condorcet» en una área del espacio político puede utilizarse estratégicamente para crear ciclos de votación en otras áreas políticas que de otro modo habrían sido gobernadas por unas mayorías victoriosas decisivas y nada ambiguas. Así, por ejemplo, un ciclo a lo Condorcet sobre un problema relativo al diseño de los semáforos podría llegar a afectar a una decisión relativa a las relaciones entre las razas.

Para responder a esta posibilidad conceptual, el texto sugiere que un movimiento constitucional solo necesita imponerse a aquellas alternativas que, teniendo en cuenta la discusión pública, parezcan ser competidoras «posibles» y que no debería permitirse que quienes se oponen a un movimiento lo derrotasen creando complejos «acuerdos-vínculo» entre espacios políticos que no parecen estar relacionados entre sí en el debate público, simplemente con la finalidad de explotar posibilidades estratégicas abiertas por la manipulación a lo Condorcet. (Nota para los aficionados a la moderna elección pública: este problema merece mucha más atención que la que permite una simple nota a pie de página).

[7] Véase A. Feldman, *Welfare Economics and Social Choice Theory*, cit., cap. 9.

que permita a los legisladores hacer propuestas en la senda de la producción normativa de carácter superior *solamente* si estas propuestas tienen la profundidad, amplitud y contundencia necesarias?

Una cosa está clara. Un diseño parlamentario al estilo británico es totalmente inapropiado para esta tarea. El dualista no puede dejar que el primer ministro fuerce la introducción en la Cámara de enmiendas constitucionales cada vez que piense que puede incitar al partido mayoritario a respaldar su iniciativa. Simplemente no hay motivos para suponer la existencia de un apoyo profundo y decisivo entre el Pueblo respecto a todas y cada una de las iniciativas del Primer Ministro.

En cambio, la Constitución dualista emplea una estrategia de resistencia institucional. Hace que la producción normativa de carácter superior sea mucho más difícil que la ordinaria. Considérense, por ejemplo, los obstáculos que la Constitución original coloca frente a un movimiento de producción normativa superior. Los portavoces del Pueblo tienen que obtener el apoyo de las dos terceras partes de las asambleas legislativas estatales para convocar una segunda Convención Constitucional o de las dos terceras partes de ambas cámaras del Congreso para proponer una enmienda. Estos dos caminos institucionales para señalizar la autoridad son más escarpados que los que llevan a la legitimidad legislativa normal. Se necesitan las dos terceras partes del Congreso para aprobar una ley ordinaria por encima del veto presidencial, pero dos terceras partes pueden solamente *señalar* el ascenso de un movimiento para el cambio constitucional.

Como he sugerido[8], estos mecanismos de los Federalistas han sido complementados por un sistema de señalización alternativo que gira en torno a la presidencia. Desde Jefferson a Reagan, los movimientos para la revisión constitucional han utilizado las elecciones presidenciales para movilizar el apoyo ciudadano en sus campañas para redefinir y renovar la identidad política estadounidense. Bajo este sistema más moderno, si un Presidente puede convencer al Congreso para que respalde la aprobación de leyes transformadoras que cuestionan las premisas constitucionales del régimen preexistente, la opinión pública estadounidense trata su éxito como una señal de producción normativa de carácter superior similar a la propuesta de una enmienda formal a la Constitución bajo el sistema clásico. Este sistema de señalización tiene riesgos y recompensas muy diferentes del clásico. Sin embargo, ahora mismo estoy más interesado en explorar una característica que todos los mecanismos de señalización, tanto los de la Presidencia como los del Congreso o las Convenciones, tienen en común.

[8] Véase capítulos 2-5.

Falsos positivos y falsos negativos

Esta característica es su tendencia a cometer errores de dos clases. De acuerdo con los estadísticos, uno es el *falso positivo*. Aquí, un movimiento obtiene el control sobre el mecanismo de señalización pese al hecho de no haber podido obtener el apoyo decisivo del 20 + 31 por 100 que hemos previsto como necesario. El otro tipo es el *falso negativo*. En este caso, un movimiento obtiene una mayoría decisiva pero no consigue acceder a una señal de producción normativa de carácter superior. Dado que es imposible que exista un dispositivo señalizador perfecto, el dualista se enfrenta a un mecanismo compensador básico. Cuanto más difícil es señalizar, menor es la probabilidad de un falso positivo pero mayor la probabilidad de un falso negativo. Y viceversa.

Ninguno de estos errores puede ser completamente eliminado a un coste aceptable. La única forma de eliminar todos los falsos positivos es hacer que la Constitución sea imposible de reformar. Sin embargo, esto requeriría que los dualistas rechazasen la idea misma de democracia y basasen la Constitución en la mera adoración de sus ancestros. Los Fundadores eran unos tipos muy inteligentes pero cometieron varios errores, morales y también instrumentales. Y lo mismo puede decirse de cada generación. En una democracia, el Pueblo de hoy tiene que tener la posibilidad de cambiar de opinión respecto a las elecciones fundamentales hechas por las generaciones que le han precedido. El objetivo del diseño de un proceso de producción normativa superior no es frustrar este proceso, sino estructurarlo para que ocurra cuando una ciudadanía movilizada quiere que ocurra, para que proceda de una forma deliberada y ordenada, de modo que los cambios en la identidad constitucional, de producirse, se produzcan de una forma deliberada y meditada que se gane el respeto propio de un juicio *meditado* de Nosotros, el Pueblo.

Al mismo tiempo, si la Constitución trata de eliminar todo riesgo de falsos negativos hará que la señalización sea demasiado fácil. Del mismo modo que los movimientos que satisfagan la prueba del 20 + 31 por 100 obtendrán casi con toda seguridad acceso a la señal, también podrán hacerlo otros intereses políticos más normales. La proliferación de tantos falsos negativos desacreditará a todo el sistema de señalización. La opinión pública ya no creerá que un grupo que obtiene acceso a una señal de producción normativa de carácter superior es diferente de las incontables facciones ideológicas que participan en el tira y afloja de la política ordinaria. La esencia del sistema de señalización, que es dar legitimidad en la producción normativa superior a los movimientos ciudadanos que han conseguido atravesar las barreras de la ignorancia, la apatía y el egoísmo de una forma extraordinaria, se verá socavada por la proliferación de señales fraudulentas.

La señalización, por consiguiente, no ha de ser ni demasiado fácil ni demasiado difícil, e incluso así se producirán errores. Las Convenciones, los Congresos o los Presidentes pueden señalar la necesidad de considerar unos cambios constitucionales amplios incluso no teniendo el 20 + 31 por 100 de apoyo para su agenda en el país en general; o es posible que exista dicho movimiento en alguna parte del país pero que el conjunto de señales institucionales no haya sabido captarlo ¿Qué clase de error es peor? ¿Los falsos positivos o los falsos negativos?

La respuesta parece realmente fácil si recordamos que solo estamos considerando la fase inicial del problema multifacético del diseño constitucional. En este contexto, un falso negativo de vez en cuando parece mucho peor que los falsos positivos frecuentes. Considérense las consecuencias: aunque un movimiento consiga obtener acceso a una señal demasiado fácilmente (por ejemplo, un apoyo de un 15 + 36 y no de un 20 + 31 por 100), no por eso se acabará el mundo. Si el movimiento cruza el umbral inicial en unas condiciones relativamente débiles, es poco probable que su iniciativa sobreviva a la carrera de obstáculos que le aguarda en la senda de la producción normativa de carácter superior (aunque, por supuesto, nada es absolutamente cierto en política).

Las consecuencias de un falso negativo son mucho peores. La esencia del dualismo es la creencia según la cual una ciudadanía movilizada puede, en determinadas ocasiones, tomar la ley en sus manos y dar a los gobernantes nuevas directrices. Si las instituciones establecidas bloquean con éxito al movimiento en el umbral, traicionan el compromiso fundacional de la Constitución con la soberanía popular. Aún peor, alejarán a los muchos partidarios del movimiento del proceso de gobierno en curso. Estas personas no aceptarán pasivamente el hecho de que les cierren de un portazo el paso a la senda de la producción normativa de carácter superior. Si las instituciones existentes se niegan a escuchar la voz del Pueblo, este se sentirá tentado a adoptar medidas más radicales para llegar al centro del escenario político, abandonando totalmente las estructuras de producción normativa de carácter superior pensadas para organizar el debate y buscando formas más violentas y elitistas de cambio fundamental[9].

La función de la propuesta

¿*Cuándo* ha de permitirse que un movimiento acceda a una señal de producción normativa de carácter superior, qué amplitud y profundidad ha de

[9] Por razones de exposición, he hablado como si los dualistas más reflexivos hubiesen establecido una regla especificando la amplitud y la profundidad del apoyo popular necesario para la señalización. Esto es obviamente una simplificación excesiva, que debería corregirse en un análisis más elaborado.

tener en principio su apoyo popular? ¿*Qué* instituciones han obtenido autoridad señalizadora en la práctica legislativa estadounidense (Convenciones, Congresos, Presidentes) y en qué condiciones puede cada una de ellas generar señales creíbles? ¿Debería reformarse el actual sistema de señalización?

Por desconcertantes que sean estas cuestiones, solo son las primeras con las que topamos. Aunque un movimiento obtenga acceso de modo apropiado a una señal creíble, todavía tiene que definir *qué* es lo que quiere proponer en nombre del Pueblo. ¿Cómo debería el sistema estructurar este proceso?

Considérese el problema en toda su intratabilidad. Los movimientos políticos que obtienen autoridad señalizadora tendrán una historia intelectual compleja y conflictiva que se remontará décadas, generaciones y a veces siglos atrás. Algunos de sus líderes serán activistas que habrán dedicado su vida a la causa; otros serán advenedizos que habrán alcanzado prominencia a medida que esta haya empezado a captar la atención de un público más general. Estas elites en competencia apelarán a una masa igualmente abigarrada de seguidores; algunos, los más leales, habrán defendido la causa tanto a las duras como a las maduras, otros muchos simplemente estarán empezando a definir su postura sobre el tema. Reunir a tipos tan diversos tras una propuesta común no es cosa fácil. Para dificultar más el asunto, no basta con que las propuestas del movimiento ganen el apoyo incondicional de sus actuales adherentes. Es preciso formularlas de una manera que resulte aceptable para los millones de estadounidenses que aún no se la han tomado en serio pero cuyo apoyo será decisivo en fases posteriores del proceso de producción normativa de carácter superior.

Teniendo en cuenta la dificultad de la tarea, todo dependerá de la perspicacia y del espíritu que los aspirantes a reformadores constitucionales aporten a su realización. ¿Permitirán que los personalismos mezquinos y las sutilezas ideológicas les dividan en un caos de facciones? ¿O trabajarán juntos para desarrollar un incisivo conjunto de principios que el grueso de los estadounidenses encontrará significativo? No puede haber sustituto para el liderazgo si la iniciativa del movimiento termina desintegrándose en un caos ideológico en el momento mismo de llegar al primer plano. Pero la habilidad política puede verse favorecida o perjudicada por la medida en que la estructura constitucional recompense a los líderes que deseen presentar una propuesta convincente para su deliberación colectiva.

Esto es especialmente cierto en Estados Unidos, donde tradicionalmente han brillado por su ausencia algunas de las estructuras no gubernamentales que los movimientos europeos utilizan para dar coherencia a sus impulsos transformadores. La diferencia más importante tiene que ver con el papel que desempeña el partido político canalizando a los movimientos reformistas. Los movimientos europeos modernos partidarios de la reforma

fundamental han tendido a afirmar la necesidad de jerarquía de una forma que ridiculiza su retórica populista. El «centralismo democrático» practicado por los partidos leninistas representa un caso extremo de una tendencia europea general hacia la jerarquía, tanto en la derecha como en la izquierda. Sean cuales sean las desventajas de este planteamiento «de partido fuerte» al cambio fundamental, tiende a minimizar el problema de la incoherencia. Los thatcherianos, no menos que los leninistas, se toman en serio los debates en las plataformas del partido, ya que, debido a la estructura jerárquica que impera en ellos, tanto unos como otros esperan que guíen la actividad transformadora cuando llegue el Gran Día en que el partido obtenga la autoridad gubernamental.

Las cosas son diferentes en Estados Unidos, aunque tampoco hay que exagerar. Desde la Fundación, los partidos han jugado un papel estratégico en casi todos los ejercicios importantes de política constitucional. Federalistas, jeffersonianos, jacksonianos, republicanos, partidarios del *New Deal*, todos utilizaron el partido como instrumento principal en sus ejercicios de movilización política. Muchos movimientos constitucionales fallidos han hecho lo mismo[10].

La especificidad estadounidense se encuentra más en su concepción no jerárquica de los partidos políticos. Incluso cuando un partido obtiene autoridad señalizadora, su organización interna parecerá caótica desde criterios europeos. Washington, Lincoln o Roosevelt pueden haber tenido un gran prestigio moral entre sus compatriotas en la época en que presidieron la Convención Constitucional de 1787 o hicieron pública la Proclamación de la Emancipación de 1863 o propusieron la *National Industrial Recovery Act* [Ley de Recuperación de la Industria Nacional] de 1933. También estuvieron vinculados a agrupaciones políticas que se autocalificaban como Federalistas, Republicanos o Demócratas. Sin embargo, no poseían ninguna de las técnicas disciplinarias que utilizan los líderes de los partidos europeos para mantener a raya a sus seguidores. Se enfrentaron a otros líderes del movimiento que tenían sus propias bases de apoyo independientes y que se sentían libres para elaborar sus propias ideas acerca del programa del movimiento. En vez de presentar un cuadro de liderazgo disciplinado marchando bajo el estandarte de la Plataforma del Partido, Federalistas, Republicanos y Demócratas eran agrupaciones de personas de ideas más o menos afines que compartían experiencias políticas comunes en el pasado y puntos de vista bastante similares sobre el futuro.

[10] Desde este punto de vista, el movimiento de las mujeres de la República Media y el movimiento en pro de los derechos civiles de la República Moderna parecen muy excepcionales; aunque estos movimientos tuvieron una relación ciertamente compleja con los sistemas de partidos imperantes en su época, parecen mucho más autónomos en su forma de organización y de entenderse a sí mismos.

Pero las grandes similitudes son notoriamente consistentes con diferencias muy concretas y amargas. Dado que el típico movimiento-partido estadounidense no resuelve estas diferencias antes de llegar al poder, la estructura del sistema de producción normativa de carácter superior influye de manera importante en la naturaleza de las propuestas del movimiento. Por un lado, selecciona a los representantes que serán los promotores de la operación. El sistema clásico designa al Congreso o a la Convención Constitucional como primer motor, el sistema más moderno otorga un papel mayor a la Presidencia. Por otro lado, la estructura del sistema determina la forma de la propuesta, de dos maneras.

En primer lugar, el mecanismo clásico por el que se hace la propuesta culmina en un momento verdaderamente decisivo. O la Convención o el Congreso votan proponer una enmienda constitucional o no lo hacen. En cambio, el mecanismo moderno es más gradual. El proceso empieza cuando el Presidente, reivindicando tener un mandato del Pueblo, convence al Congreso para que apruebe normas transformadoras que den sustancia legal al programa del nuevo movimiento para un cambio fundamental. Precisamente debido a su carácter revolucionario, muchas de estas leyes serán invalidadas por el Tribunal Supremo. Esto devuelve el peso de la iniciativa a las ramas políticas: ¿tiene suficiente fuerza en el país el movimiento constitucional para desafiar al Tribunal con una segunda ronda de leyes que mejoren y profundicen los significados legales esbozados la primera vez?

En segundo lugar, el sistema clásico invita a los reformadores a hablar con una voz lacónica que invoca unos legalismos muy abstractos: «Ningún estado privará a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso jurídico [...]». El sistema moderno invita a un proceso de articulación más concreto. El significado legal de la nueva solución constitucional se elabora primero en varias oleadas de normas transformadoras, generalmente más detallistas que la enmienda constitucional clásica. Más tarde, el Tribunal Supremo asume la carga de abstraer las doctrinas constitucionales centrales de la masa de material legal que ha obtenido el apoyo popular. Estos *dictámenes transformadores* expresan buena parte de la contribución legal superior del movimiento. Así, en vez de obligar al movimiento a hablar en abstracto en una fase relativamente temprana del proceso, el sistema moderno permite a los reformadores empezar a moverse de una forma relativamente más lenta y concreta hacia principios más abstractos a medida que avanza el debate constitucional.

Si bien este enfoque moderno tiene algunos puntos fuertes, yo creo que tiene también unos cuantos puntos flacos. Veamos primero los puntos fuertes: permite que el movimiento tenga más tiempo para deliberar sobre las fórmulas legales con las que codificará el significado constitucional de

su transformación. Efectivamente, si examinamos cómo funcionó este proceso durante el periodo del *New Deal*, las ventajas de este tipo de evolución parecerán sustanciales. Si, por ejemplo, Roosevelt hubiese propuesto enmiendas constitucionales formales en 1933, el texto habría podido ser mucho más burdo que las soluciones constitucionales que surgieron finalmente de la gran lucha entre el *New Deal* y el *Old Court* durante esta primera fase[11].

Sin embargo, esta aproximación evolucionista contiene grandes peligros. Dado que el movimiento no está obligado a concretar su mensaje transformador en una enmienda formal, el sistema moderno se basa básicamente en el buen juicio de los tribunales. Tras hacer su «cambio a tiempo», tienen que reflexionar sobre los significados más profundos de las normas transformadoras y buscar codificarlas en dictámenes reformadores que guíen el desarrollo constitucional en el régimen venidero. Si los tribunales no cumplen esta función sensatamente, el sistema se verá muy afectado ¿Es sensato confiar tanto en los jueces?

Es verdad, naturalmente, que incluso el sistema clásico se basa mucho en los tribunales. Si bien el Congreso Republicano estableció algunas fórmulas en su Decimocuarta Enmienda («privilegios o inmunidades de los ciudadanos de Estados Unidos», «igual protección») corresponde a los jueces dar un significado doctrinal a estos amplios compromisos. El hecho de que el Congreso les suministrase unas cuantas fórmulas no lo convirtió en un asunto fácil. En efecto, si adoptamos un punto de vista práctico, no creo que los tribunales hayan hecho un trabajo mejor interpretando los principios de la Reconstrucción del que hicieron dando sentido doctrinal al *New Deal*. La presencia o ausencia de unas cuantas fórmulas textuales no ha representado una gran diferencia a la hora de dar expresión doctrinal a estas dos grandes transformaciones populares[12].

Sin embargo, hay un peligro implícito en la informalidad del proceso por medio del cual el *New Deal* transformó la política constitucional en norma constitucional. Dado el precedente de 1937, un futuro Tribunal podría decidir embarcarse en un «cambio a tiempo» sin el tipo de mar de fondo ancho y profundo que le acompañó en la década de 1930; sin la ayuda de enmiendas formales, podría distorsionar de forma grotesca el significado de algunas transformaciones futuras ¿Hay algo práctico que podamos hacer para evitar estos peligros?

Esta ha sido una preocupación central en mis propias propuestas de reforma[13]. Pero ahora mismo lo que me interesa es el sistema no reformado

---

[11] Esta es la postura que defenderé en el siguiente volumen.

[12] Véase los caps. 4-6.

[13] Véase mi propuesta en el cap. 2, pp. 73-78.

tal como es, con todos sus defectos. Hemos de comprenderlo mucho mejor de lo que lo hacemos si queremos mejorarlo.

Deliberación movilizada

Supongamos que las instituciones estadounidenses han respondido a la iniciativa de un movimiento movilizado de la forma clásica o de la forma moderna: el Congreso o la Convención han propuesto una enmienda constitucional; o el Presidente ha convencido al Congreso para que apruebe unas normas transformadoras pese al peligro evidente de una declaración judicial de inconstitucionalidad.

En ambos casos, los políticos profesionales y el grueso de la ciudadanía privada interpretarán el triunfo institucional de una forma característica. Por un lado, el aval del Congreso a las normas o enmiendas transformadoras situará la iniciativa del movimiento en el centro mismo del debate político. Dentro y fuera de Washington, se reconocerá que nuestros llamados representantes van detrás de algo que más vale abordar con la mayor seriedad: un reto consciente a nuestra ley fundamental. Por otro lado, el éxito político en Washington en absoluto es una conclusión de la batalla por la revisión. Solo inaugura una nueva fase de movilización y deliberación pública.

Esta insistencia en un nuevo periodo de deliberación movilizada es uno de los rasgos más característicos del proceso de producción normativa de carácter superior estadounidense. Otras muchas naciones han adoptado mecanismos dualistas para consultar al pueblo en ocasiones especiales de gran importancia, normalmente usando plebiscitos con esta finalidad[14]. Estas prácticas, sin embargo, difieren de la estadounidense porque suponen que el Pueblo es capaz de tomar una decisión en un intervalo bastante breve: en otros países, el periodo entre la propuesta y el referéndum final es a menudo de un par de meses. En cambio, el periodo entre propuesta y ratificación en el sistema estadounidense se mide normalmente en años ¿Tiene lógica esto?

---

[14] Hasta ahora, ni el sistema clásico ni el moderno han adoptado la técnica de producción normativa de carácter superior favorita utilizada en muchos Estados: el referéndum formal. Hasta cierto punto, esto refleja el hecho de que el referéndum estaba en pañales en la época de la Fundación. Que yo sepa, solo los suizos utilizaban entonces este dispositivo; véase Benjamin Barber, *The Death of Communal Liberty: A History of Freedom in a Swiss Mountain Canton*, Princeton, Princeton University Press, 1974, pp. 180-194 y no he encontrado pruebas de que los Fundadores considerasen esta técnica. Para ellos, era preferible consultar al Pueblo mediante unas Convenciones Constitucionales elegidas especialmente. Véase el cap. 7, pp. 206-207 supra. Si bien la producción normativa de carácter superior de estilo suizo se difundiría por todo el mundo durante los dos próximos siglos, no ha llevado a los estadounidenses a romper con sus predecesores federalistas en este punto. Aunque creo que ha llegado el momento de la asimilación cautelosa de los referéndums en nuestra práctica legislativa superior (véase cap. 2, pp. 73-78), esta es una cuestión de calado que merece ser meticulosamente tratada en una fase posterior de la argumentación. Véase el volumen 2 de esta obra, *Transformations*.

La necesidad de un intervalo tan prolongado topa obviamente con una gran resistencia –por no decir incredulidad– de los partidarios de la reforma constitucional. Por lo que respecta a estos activistas, los conservadores constitucionales ya han tenido mucho tiempo para convencer al Pueblo de que avale el *statu quo*. Mientras los reformadores pasan décadas, generaciones, tratando de crear un movimiento amplio y profundo durante los periodos de política ordinaria, los conservadores se arrogan la superioridad moral de la ortodoxia constitucional. Obviamente, tienen al Tribunal Supremo de su lado, que una y otra vez avala de palabra y de hecho a los partidarios de la Constitución existente. De manera no menos importante, el espíritu de la tradición domina, la mayor parte del tiempo, a la mayor parte de las demás instituciones. Pese a estas ventajas simbólicas y prácticas, los conservadores han sido incapaces de mantener bloqueada la senda de la reforma constitucional y los reformadores han conseguido finalmente acceder a ella. Los portavoces electos del Pueblo han apuntado solemnemente la necesidad de una reforma. Y ahora que el agotador viaje de los reformadores por el desierto de la política ordinaria parece haber llegado a su final, ¿cómo responden los conservadores? ¡Pidiendo más tiempo! ¡¿Cuándo terminará este intento de sofocar la voz del Pueblo?!

Y sin embargo, hemos de resistir esta impaciente exigencia de vindicación inmediata, por dos motivos. El primero nos devuelve al problema de la contundencia. La victoria de un movimiento en la fase de la señalización no tiene por qué implicar que una mayoría movilizada avale realmente su propuesta constitucional frente a todos sus posibles competidores. De hecho, la iniciativa puede haber triunfado en parte gracias a la estratégica manipulación de sus líderes de las paradojas de Condorcet. Obligando al movimiento a superar una segunda ronda de pruebas institucionales, la Constitución dualista busca reducir el riesgo a unas proporciones aceptables. Durante el periodo de deliberación movilizada, el movimiento tendrá que obtener una y otra vez el apoyo para su iniciativa en las asambleas legislativas. Será poco probable que se produzcan estos éxitos si una mayoría de ciudadanos no avala decididamente la iniciativa frente a todas las alternativas posibles[15].

[15] Además de exigir a un movimiento que demuestre tener apoyo legislativo en diferentes ocasiones en el tiempo, el sistema constitucional también puede poner a prueba su contundencia decisoria insistiendo en unos niveles supermayoritarios de apoyo legislativo: es más difícil obtener una mayoría de dos tercios mediante la manipulación estratégica de las paradojas de Condorcet, que obtener una mayoría simple.

Recientes trabajos en la teoría de la elección social clarifican esta intuición básica relativa a la regla de la supermayoría. Andrew Caplin y Barry Nalebuff han demostrado que, en una gran variedad de configuraciones posibles de preferencias del votante, una opción que obtiene un 64 por 100 del voto es un seguro ganador a lo Condorcet. Véase Andrew Caplin y Barry Nalebuff, «64% Majority Rule», *Econometrica*, vol. 56, 1988, p. 787; Andrew Caplin y Barry Nalebuff, «Aggregation of Social Choice: A Mean Voter Theorem», *Econometrica*, vol. 59, 1991.

El segundo motivo nos devuelve a la profundidad del apoyo popular que debe requerirse. Para concretar, he sugerido antes que sería necesario un 20 por 100 del voto popular como apoyo profundo en la fase de señalización pero no tengo ningún apego especial a este número en particular. Al pasar de la señalización a la ratificación final, parece razonable insistir en que una fracción mayor del pueblo estadounidense respalde de forma amplia la propuesta. Al insistir en una segunda ronda de deliberación, la Constitución ha encontrado un dispositivo excelente para implementar esta demanda. La clave, paradójicamente, es la probable conducta de los conservadores constitucionales. Ahora que los reformadores se han unido para proponer una iniciativa transformadora de verdad, los conservadores tienen nuevos incentivos para dedicar sus energías a una defensa movilizada del *statu quo*. La apelación al Pueblo para que se una en apoyo de la Constitución conservadora puede desembocar en dos escenarios. Puede que la «mayoría silenciosa» responda saltando a la vida política y dando una nueva vitalidad popular a los principios constitucionales que el Tribunal y otras elites tradicionalistas habían defendido en tiempos más normales. O puede que los conservadores constaten horrorizados que la fe popular en estos principios se ha erosionado durante décadas o siglos, desde los días en que Madison o Lincoln o Roosevelt los proclamaron por vez primera en nombre del Pueblo. En vez de salir en defensa de la Constitución tradicional, la ciudadanía privada responde con dudas e incertidumbre. Quizá los reformadores estén en lo cierto; quizá la sustancia de nuestra norma superior ha vivido más allá de su tiempo y necesita una reconstrucción consciente para una nueva era.

En cualquier caso, la contramovilización conservadora ampliará y profundizará enormemente el compromiso político del Pueblo con los temas fundamentales que están en juego. Un año o dos o tres después de la primera señal de producción normativa superior, buena parte de la blandura de la opinión pública ordinaria se disolverá. La apatía, ignorancia y egoísmo que ocluyen el juicio de decenas de millones de estadounidenses tendrán que ser disipados por millones de argumentos, contraargumentos, insultos e imprecaciones. La apatía dará paso a la inquietud, la ignorancia a la información, y el egoísmo a la reflexión sobre el futuro del país, al menos así es cómo lo concebirán muchos *ciudadanos* privados.

Y no es que ese periodo de deliberación movilizada sea una especie de seminario filosófico. Es mucho más democrático, mucho más enérgico, mucho más multivocal. Habrá mucha pasión y personalidad, tanta acción como argumentos, tanto drama como debate; es demasiado lo que está en juego para pensar lo contrario. Es en este momento cuando el sistema de producción normativa de carácter superior tiene que hacer frente al mayor reto: ¿puede encauzar a los partidos contendientes hacia un enérgico

intercambio de puntos de vista públicos, invitarlos a criticarse unos a otros mientras intentan movilizar un respaldo más amplio y profundo de la ciudadanía en general? ¿O permitirá a los partidarios del cambio que disipen sus energías políticas en una serie casi aleatoria de escenas públicas en las que primero un grupo y luego otro de activistas expresen sus quejas, intercaladas por muestras de escándalo por parte de los conservadores? Dicho de forma escueta, ¿podrá el sistema alentar a los protagonistas a conversar unos *con* otros, o será un diálogo de *sordos*?

Obviamente, pasarán muchas cosas. Nada podrá parar a los extremistas de uno u otro bando que solo saben predicar el odio y la violencia. Bien mirado, sin embargo, creo que es notable la forma en que los estadounidenses han respondido a este reto en el pasado. En el sistema clásico, las luchas por la ratificación en las asambleas legislativas estatales han sido poderosos instrumentos para centrar el debate. En el sistema moderno, el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Supremo de la primera oleada de normas transformadoras llevó el debate a un nuevo nivel de seriedad. Ahora que el Tribunal ha señalado qué principios fundamentales están en juego, ¿cómo han de responder los reformadores? ¿Han de aceptar los juicios del Tribunal y conceder a regañadientes que el Pueblo no respaldará un intento movilizado de repudiar los principios tradicionales? ¿O han de cuestionarlos frontalmente con un segundo periodo de cien días de actividad legislativa transformadora y volver a solicitar el apoyo del pueblo en las siguientes elecciones?

Naturalmente, en el sistema moderno, esta segunda ronda de política constitucional se lleva a cabo a escala nacional, no estatal, pero, al igual que en el sistema clásico, se prevé un debate temporalmente extenso e institucionalmente complejo, primero entre el Presidente y el Congreso, para obtener respuestas adecuadas a la primera ronda de declaración judicial de invalidez y, luego, cuando se dirigen al Pueblo en las siguientes elecciones para obtener apoyo en una segunda ronda de actividad normativa transformadora.

Codificación

Si el sistema de producción normativa de carácter superior funciona correctamente en este punto sucede algo especial. Representantes y ciudadanía están hablando un lenguaje *común* que redefine y renueva los fundamentos del gobierno estadounidense. Este lenguaje ha sido puesto a prueba una y otra vez en asambleas deliberantes y elecciones populares. Sus partidarios han salido victoriosos pese a sufrir una fuerte oposición.

No es que nadie suponga que este momento pueda durar para siempre. Nada dura para siempre y menos una mayoría movilizada de *ciudadanos* privados. Muy pronto, la mente popular girará hacia otras cosas.

Ha llegado el momento de la codificación legal formal de la nueva solución constitucional. Hemos de actuar antes de que sea demasiado tarde; antes de que pase el momento, los funcionarios más importantes del gobierno han de comprometerse solemnemente a cumplir las nuevas obligaciones constitucionales. Tienen que prometer que serán fieles a las nuevas soluciones constitucionales, incluso cuando el pueblo dirija su mente hacia otros asuntos públicos y privados. Por poderosos que sean estos representantes, no han de permitir que las presiones de la política ordinaria menoscaben el significado de estas soluciones constitucionales. Y es la obligación especial de juristas y jueces recordar a los poderes establecidos que ellos solo son los servidores del Pueblo, no los portavoces del propio Pueblo, a menos, por supuesto, que los líderes políticos deseen una vez más tomar la senda de la producción normativa de carácter superior para conseguir el consentimiento de la ciudadanía movilizada a otro ejercicio de revisión fundamental.

Es en este punto cuando los tribunales asumen un papel central tanto en el sistema clásico como en el moderno. En el sistema clásico, se enfrentan a un texto lacónico de una gran abstracción inscrito en una enmienda constitucional formal. Con el tiempo, los litigantes tratan de utilizar las nuevas abstracciones en beneficio propio en sus litigios. Si estas abstracciones no han de convertirse en letra muerta, los tribunales tienen que darles un significado concreto: ¿qué doctrinas tradicionales han de arrojarse al basurero de la historia? ¿Cuáles han de ser radicalmente repensadas antes de poder usarlas sin peligro en el nuevo orden? ¿Cuáles perdurarán relativamente indemnes? Solo cuando las nuevas abstracciones se desarrollen en forma de doctrinas «de nivel medio» que definen unos principios y unas reglas de funcionamiento que sirven de restricciones fiables a la política normal. Si el proceso de traducción legal procede a buen ritmo, los tribunales emitirán una serie de dictámenes históricos para elaborar los principios y reglas de rango medio necesarios para proporcionar una guía práctica a la resolución de las innumerables disputas generadas por la transformación fundamental del paisaje constitucional.

La codificación procede de un modo diferente, pero con una finalidad similar, en el sistema moderno. El momento crucial empieza cuando los tribunales se enfrentan a unas normas concretas que habrían invalidado con los principios tradicionales del régimen precedente. Pero ahora, por hipótesis, los magistrados se han embarcado en un «cambio a tiempo» comparable al de 1937. A la luz del constante respaldo popular al Presidente y al Congreso, una mayoría de jueces ha llegado a la conclusión de que sería

contraproducente continuar con la crisis constitucional hasta que el nuevo movimiento ratifique las enmiendas constitucionales formales. En vez de ello, confirman la última oleada de normas transformadoras en una serie de dictámenes históricos que inauguran la revisión radical de la jurisprudencia preexistente.

En contraste con el sistema clásico, estos dictámenes no empiezan con abstracciones como «igual protección» o «proceso con la garantías debidas», ya que, por hipótesis, los jueces han hecho su cambio sin insistir en una enmienda formal del Artículo 5. El intento revisionista empieza, en cambio, de un modo concreto: los jueces se enfrentan a unas normas transformadoras particulares y explican cómo ha de cambiarse radicalmente la jurisprudencia precedente para acomodar las innovaciones que han obtenido el apoyo del Pueblo. Pese a todas las diferencias existentes entre los procesos clásico y moderno, los capítulos anteriores apuntaban a la existencia de profundas similitudes en la dinámica de la síntesis judicial tal como surge con el paso del tiempo[16]. Independientemente de la naturaleza abstracta o concreta del punto de partida, los jueces tienen que hacerse y responder las mismas preguntas básicas si pretenden integrar lo viejo y lo nuevo en un conjunto convincente de direcciones jurisprudenciales para la resolución del grueso de los casos: ¿qué significa la nueva y vertiginosa retórica en la resolución práctica de disputas cotidianas que se presentan para resolución judicial? ¿Qué viejas doctrinas han de ser repudiadas? ¿Cuáles han de ser radicalmente reconceptualizadas? ¿Cuáles sobreviven a la nueva redefinición de la naturaleza del gobierno estadounidense?

Difíciles cuestiones. Mi argumento es simplemente que tienen que ser tomadas en serio por los tribunales de una democracia dualista bien organizada. De lo contrario, el intento de controlar a los gobernantes normales mediante los logros constitucionales del Pueblo estadounidense se desintegrará con el regreso a la política ordinaria.

Tres escepticismos

Este capítulo ha identificado cuatro funciones críticas fundamentales que ha de cumplir un sistema de producción normativa de carácter superior creíble. Primero, tiene que señalar de forma fiable el ascenso de movimientos cuyas agendas transformadoras prometen obtener el apoyo amplio, profundo y decisivo del Pueblo estadounidense. Segundo, tiene que alentar a los líderes políticos del movimiento para elaborar sus propuestas básicas en un lenguaje que pueda entender la mayoría de la población. Tercero,

---

[16] Véase cap. 4, pp. 127-131; cap. 5, pp. 113-130; cap. 6, pp. 170-173.

tiene que proporcionar un periodo sustancial de deliberación movilizada durante el cual el apoyo popular a estas iniciativas sea puesto a prueba una y otra vez. Cuarto, los tribunales tienen que traducir los raros éxitos de la política constitucional en unos principios jurisprudenciales convincentes capaces de controlar la política ordinaria en un futuro indefinido, hasta que llegue el momento en que el propio Pueblo se movilice una vez más para redefinir los propósitos organizativos del gobierno.

En correspondencia con cada una de estas funciones, existe la posibilidad de una disfunción. El Congreso o una Convención pueden proponer una enmienda constitucional formal, o el Presidente puede convencer al Congreso para que promulgue normas transformadoras sin nada que se parezca al amplio, profundo y decisivo apoyo popular necesario para una señal constitucional. O los líderes pueden ser incapaces de concebir una propuesta que transmita de un modo incisivo la naturaleza de sus iniciativas a un público más amplio. Más tarde, una enmienda constitucional puede ser aprobada por las tres cuartas partes de las asambleas estatales, o el Tribunal Supremo puede constitucionalizar una segunda ronda de normas transformadoras, sin que la iniciativa transformadora obtenga el necesario respaldo del Pueblo movilizado. E incluso más tarde, el Tribunal Supremo podría traicionar los principios de organización afirmados por el Pueblo no desarrollando las formulaciones doctrinales apropiadas durante la fase de codificación.

Estas posibilidades siempre presentes solo pueden provocar una profunda ansiedad a todos los implicados en la suerte del proyecto dualista iniciado en Filadelfia, ansiedad que, a mi modo de ver, es bastante sana si se mantiene dentro de unos límites razonables. Sirve para inculcar a todos los estadounidenses (y especialmente a aquellos que se encuentran en puntos clave del proceso de producción normativa de carácter superior) la profunda gravedad de las decisiones que están llamados a tomar. Simplemente, no hay escapatoria para el hecho de que la suerte de la Constitución está en nuestras manos, como votantes, representantes o jueces. Si nos permitimos abusar de la tradición de la producción normativa superior, la idea misma de que la Constitución puede ser vista como la expresión culminante de una ciudadanía movilizada se desintegrará. Al fin y al cabo, la República estadounidense no es más eterna que la romana y llegará a su final cuando los ciudadanos traicionen los ideales fundamentales y las aspiraciones de su Constitución de un modo tan profundo que las instituciones existentes se conviertan en una mera parodia de los significados públicos que otrora incorporaban.

Y sin embargo, como sucede con todas las ansiedades, esta puede descontrolarse. Cuando pensamos en Washington presidiendo la Convención, o en el Congreso de la Reconstrucción pidiendo la ratificación de la

Decimocuarta Enmienda, o en el Presidente Roosevelt pidiendo apoyo para su propuesta de incrementar el número de jueces del Tribunal Supremo en 1937 ¿podemos afirmar con certeza que estos representantes estaban *realmente* hablando en nombre de una ciudadanía movilizada que merecía el respeto que corresponde a Nosotros, el Pueblo?

Todo depende de lo que entendamos por «realmente». No estoy sugiriendo que una mirada a los rincones psíquicos más recónditos de los estadounidenses que respaldan la nueva solución constitucional pondría de manifiesto unos corazones totalmente purgados de autointerés y unas mentes totalmente centradas en «los derechos de los ciudadanos y los intereses permanentes de la comunidad». Al contrario, un retrato preciso de un movimiento constitucional triunfante requiere una paleta mucho más rica, tanto para captar la vana ambición de los líderes en Washington como la continua distracción de los seguidores que siguen enredados en las tareas diarias de cambiar pañales y ganarse los garbanzos. De hecho, si fuera posible que alguno de nosotros experimentase (y revelase a los demás) una pureza inmaculada de motivos, podríamos prescindir de los complejos rituales legales de la producción normativa de carácter superior. Podríamos simplemente exponer la pureza de nuestros motivos y seguir con nuestros asuntos. Precisamente debido a que somos criaturas psicológicamente complejas, estas «sinceras» protestas de pureza parecen formas ingenuas de establecer nuestro derecho a la *ciudadanía* privada. Y como hablar no cuesta nada y la naturaleza humana es tan compleja, los líderes políticos nunca pueden confiar en suscitar la credibilidad constitucional meramente *diciendo* que representan a uno de estos raros movimientos mediante los cuales los ciudadanos han formulado un juicio especialmente meditado sobre el futuro de Estados Unidos. En cambio, si quieren reivindicar este derecho, tienen que *ganárselo*, sometiéndose a un riguroso conjunto de pruebas públicas a medida que sus pretensiones de producir una normativa de carácter superior son señaladas, deliberadas y codificadas.

Sin embargo, si un movimiento sobrevive a estas exigentes pruebas, sus derechos no le serían negados solo porque algunos escépticos señalasen impurezas de motivo y residuos de ignorancia y apatía. Debido a que los ciudadanos del mundo real son siempre impuros, se necesitan unos procedimientos públicos para separar las gamas de grises y para indicar cuándo, pese a todas las distracciones del mundo, invertirán el aspecto político de sus personalidades con una significación especial. En respuesta a las dudas escépticas, el dualista no niega que, incluso en los momentos de mayor triunfo de la producción normativa de carácter superior en Estados Unidos, habrá muestras de ignorancia, apatía y egoísmo revoloteando en torno al centro del escenario político. En vez de debilitar la significación de la normativa de carácter superior, es precisamente la continua presencia de

la complejidad y de la ambigüedad humanas lo que hace que los procesos de producción normativa superior sean un recurso tan valioso.

Una analogía doméstica nos ayudará a recalcar la argumentación. Supongamos que vivimos en un lugar en el que la institución del matrimonio es desconocida. En una sociedad así, las parejas también darán muchas vueltas a la decisión de vivir o no juntos, e idearán mecanismos sutiles para señalar los significados especiales que dan a su relación. Sin embargo, este esfuerzo continuado de comunicación se verá inmensamente mejorado por la forma legal del matrimonio, por medio de la cual las partes se exponen conscientemente a unos elevados costes si más tarde se comportan de un modo inconsistente con sus declaraciones de afecto y amor. La razón básica de esta costosa ceremonia no es servir de instantánea del amor y del odio que atrae y repele a las partes a la relación, sino proporcionar un sistema simbólico a través del cual un pueblo psicológicamente complejo puede dar un significado especial a una forma de interacción y, de ese modo, *constituirla* como un tipo especial de comunidad, diferente de las relaciones ordinarias de la vida personal.

El dualismo constitucional proporciona un sistema simbólico similar en el ámbito público. Al proporcionar un sistema de producción normativa de carácter superior, la Constitución estadounidense consigue constituir algo más que un gobierno en Washington, DC. Constituye un sistema de significados políticos que permite a todos los estadounidenses indicar las raras ocasiones en las que quieren presentarse unos a otros como *ciudadanos* privados y distinguirlas del sinfín de ocasiones ordinarias en las que se contentan con considerarse a sí mismos como ciudadanos *privados* para quienes la vida política no es más que una de las muchas distracciones que les apartan de su búsqueda de la felicidad.

Y no es que todos los intentos de establecer nuestro derecho a la *ciudadanía* privada estén condenados a tener un éxito publiano. Hemos de esperar que la mayor parte de nuestros conciudadanos contemplen la mayor parte de intentos políticos de renovación a escala nacional con la apatía, la ignorancia y el egoísmo que caracterizan a la vida normal en una democracia liberal. Y sin embargo, de vez en cuando, algunos aspirantes a publianos empiezan a pulsar una cuerda resonante. El movimiento ascendente es tomado en serio por cada vez más estadounidenses, incluso cuando consideran profundamente objetable su mensaje. El éxito del movimiento penetrando en la conciencia política provoca un intento general de evaluar su sentido final: ¿es una moda pasajera o tiene una significación duradera? Lentamente, los rituales imperfectamente recordados de la producción normativa superior empiezan a adoptar un significado más profundo, pues es a través de estos como los estadounidenses ponen a prueba la seriedad de los intentos de renovación y redefinición nacional de sus compatriotas.

Cuando son puestos a prueba, la mayor parte de los movimientos no consiguen generar el apoyo profundo y decisivo que se requiere antes de que puedan hablar constitucionalmente con los acentos especiales de Nosotros, el Pueblo de Estados Unidos.

Pero esta, en cierto modo, es la cuestión. Si fuera fácil que el proceso de producción normativa de carácter superior triunfase, estaríamos rebajando el logro colectivo que comporta que millones de estadounidenses consigan, pese a las innumerables distracciones de la sociedad democrática liberal, implicarse en un acto de autogobierno con una seriedad comparable a los logros constitucionales más destacados del pasado.

11
¿POR QUÉ EL DUALISMO?

Democracia: muerte y transfiguración

Democracia. En el siglo XVIII la palabra evocaba la imagen de una ciudad-Estado griega. La democracia era posible en una comunidad cara a cara en la que todos los ciudadanos podían participar directamente en los asuntos públicos. Solo entonces podía gobernar el Pueblo (*demos-kratos*) en un sentido significativo. La escala imperial implicaba un gobierno imperial, con monarcas, burócratas y aristócratas ordenados en un sinfín de permutaciones. Aunque estos gobiernos no eran democráticos, eran poderosos. Sus mayores recursos y sus estructuras de poder más centralizadas les permitían normalmente dominar a las patéticas confederaciones que podían organizar las ciudades-Estado para defenderse. Excepto por algún que otro cantón montañoso suizo, la democracia era algo obsoleto en el mundo moderno.

Durante los dos últimos siglos la historia ha rescatado el término, pero solo para transformarlo en una banalidad. Actualmente, solo los imperios más retrógrados prescinden de la coloración protectora de la Democracia; algunos insisten en la expresión enfáticamente redundante de Democracia Popular. Esta transformación se produjo después de una reconceptualización radical: la imagen de la polis ateniense ha sido desplazada del centro del pensamiento y la práctica democráticos.

La Constitución estadounidense desempeñó un rol en esta transformación. Publius rechazó la polis griega como modelo de gobierno popular en la era moderna y ofreció el dualismo como alternativa. A lo largo del tiempo, los estadounidenses han utilizado su herencia federalista para redefinirse a sí mismos como pueblo de una forma cada vez más democrática, incluyendo un grupo crecientemente diverso de hombres y mujeres dentro del ámbito de la ciudadanía. Este intento permanente de autogobierno ha contribuido a convencer al mundo de que la democracia no es una fantasía utópica, de que *existe* un sentido en el que unos cuantos políticos en la capital de la nación pueden hablar en nombre de muchas personas, unos trecientos dieciocho millones de ellas.

No tengo la menor intención de encubrir el lado oscuro de este logro: la celebración que hace la Constitución de la libertad política ha sido caricaturizada incesantemente por su coexistencia con la esclavitud y la dominación. De todos modos, hay algo especial en la experiencia estadounidense de democracia moderna, algo a lo que no debemos renunciar. Mi objetivo ha sido recuperar este algo distinguiendo la democracia dualista de sus alternativas teóricas; trazando su desarrollo a través de tres regímenes constitucionales; reflexionando sobre sus fuentes en la tradición revolucionaria y explorando la forma en que sigue controlando la política normal y la constitucional en Estados Unidos. Probablemente ya hemos considerado suficientemente la democracia dualista, y desde un número suficiente de diferentes ángulos, como para responder a la cuestión definitiva: ¿es digna la tradición dualista del continuo respaldo que le ha dado Estados Unidos?

Mi respuesta es: sí y no. Sí, la tradición dualista es lo suficientemente sólida como para que los estadounidenses tengan que aceptar que imponga un legítimo conjunto de restricciones a nuestra práctica política. Y no, no es lo suficientemente buena como para que pretendamos descansar confortablemente en sus logros. Si no renovamos los fundamentos de la República, la narrativa constitucional que he descrito perderá credibilidad para la próxima generación que, con mucha razón, se sentirá cada vez más marcada por el lado oscuro del «logro» dualista. Efectivamente, concluiré preguntando si falta algo en la idea básica de democracia dualista que invite a la reflexión a los estadounidenses. Bien pensado, ¿no deberíamos considerar los dos primeros siglos de práctica dualista como el prólogo de nuestro actual intento de construir una democracia constitucional más sólida, una democracia que vaya más allá de los límites más remotos del ideal dualista?

El carácter utópico de esta última pregunta no debe impedirnos ver el espíritu antiutópico de este ensayo. Hemos estado explorando el espíritu de *esta* Constitución, no el de una que sea mejor. La cuestión definitiva no es si esta Constitución satisface los baremos de nuestros ideales morales más elevados (ninguna constitución, en ninguna parte del mundo, se ha acercado nunca a ello), sino si es lo suficientemente buena para ganarse un respaldo serio y respetuoso. «Suficientemente buena» por lo que respecta a la calidad moral de sus logros pasados; «suficientemente buena» para proporcionar unos métodos justos para solucionar las disputas existentes; «suficientemente buena» para abrir el futuro a unos movimientos populares que prometen un mayor crecimiento político. Si la tradición existente es lo suficientemente buena en este sentido, progresaremos más cimentándonos en ella que destruyéndola. Y esta me parece una buena razón para aceptar su reivindicación de legitimidad.

Este es un argumento abierto y discutible que depende de muchos factores y no voy a pretender lo contrario. Sin embargo, me limitaré a un solo

tema centrado en el carácter político distintivo que ha estado recorriendo estas páginas: el ciudadano privado. Exploraré la forma en que la tradición dualista da vida y sustancia a la práctica estadounidense de la ciudadanía privada. Este vínculo, a mi modo de ver, proporciona el motivo individual más claro para que el lector dé su aprobación a la Constitución estadounidense.

Mi argumentación tendrá tres partes. En la primera, presento un breve relato conceptual del vínculo existente entre la ciudadanía privada y la democracia dualista. En la segunda, presento los motivos para preservar las tradiciones dualistas que hemos heredado del pasado. En la tercera, considero las afirmaciones de la propia ciudadanía privada: ¿por qué es importante preservar y renovar este aspecto de la identidad estadounidense?

Tras aportar argumentos positivos para la defensa del dualismo, paso a considerar su lado más oscuro, el que nos desafía a progresar más para que nuestros hijos no consideren carente de valor toda la empresa.

Rastreando la ciudadanía privada

¿Qué es bueno para mí? ¿Qué es bueno para el país? El ciudadano privado se toma en serio estas dos preguntas. No afirma, al modo del ciudadano público, que solo la segunda pregunta es «realmente» importante. No supone, al modo del perfecto privatista, que no existe el bien público, que lo único importante es la búsqueda del interés privado[1].

Es más, reconoce que estas dos preguntas básicas pueden dar lugar a respuestas contradictorias. Lo que es bueno para mí puede no ser bueno para el país y a la inversa. Naturalmente, estos conflictos no siempre se manifiestan. La búsqueda de mi propio interés puede ser de utilidad pública, pero el ciudadano privado no supone que esto sea verdad por definición. Esta es la razón por la que Charles Wilson se ganó un lugar especial en la historia al pronunciar la célebre frase «lo que es bueno para la General Motors es bueno para el país», como si fuera inimaginable que estos dos bienes pudieran incluso divergir. Para el ciudadano privado esta escisión, lamentablemente, siempre es concebible.

El trabajo de la ciudadanía

Lo que nos lleva a la siguiente pregunta básica: ¿cómo distinguir aquellas ocasiones en las que el bien público y el bien privado difieren entre sí? Por un tipo especial de trabajo, el trabajo de la ciudadanía privada.

---

[1] Para una elaboración más completa, véase cap. 9, pp. 267-270.

Para definir su carácter lo contrastaré con la forma en que un privatista perfecto[2] respondería a un asunto de la agenda pública. El privatista no necesita decidir «¿qué es bueno para mí?» consultando sus intereses materiales. Su entendimiento del bien puede ser mucho más rico que esto y extenderse a la búsqueda de ideales espirituales y asociativos. En la medida en que estos son distintos del bien de Estados Unidos, cabe siempre la posibilidad de conflicto. Puede que yo sea un devoto católico, profundamente interesado por el bienestar de mis compañeros de trabajo y de mis familiares. Son estas cosas, y no llenarme los bolsillos, lo realmente importante. Y sin embargo, como ciudadano privado, tengo que reconocer que estos grandes bienes pueden estar en conflicto con el interés nacional: quizá es de interés público que mis compañeros de trabajo corran el riesgo de quedarse sin empleo, o que a mi Iglesia le nieguen unos ingresos proveniente de impuestos, o que mis impuestos paguen la seguridad social incluso de aquellos estadounidenses que miran al Papa como si fuera el Anticristo.

¿Cómo se las arregla, pues, el ciudadano privado para ir más allá del perfecto privatismo? Primero y sobre todo, admite que otros estadounidenses hacen interpretaciones muy diferentes de su propio interés, sin dejar de ser unos ciudadanos perfectamente decentes. Esto puede hacer que la diferencia entre el bien público y el bien privado resulte desesperante. Uno puede considerar, por ejemplo, profundamente gratificante el establecimiento de la propia religión y sin embargo concluir que esto no respeta los «derechos de los ciudadanos y los intereses permanentes de la comunidad». Aparte de la necesidad especial de tolerancia, la perspectiva de la ciudadanía requerirá a menudo que usted reflexione sobre el enorme tamaño del país, sobre la necesidad de dar a los intereses de los estadounidenses que viven al otro lado del continente el mismo peso que a los de sus vecinos. Como ciudadanos, todos somos iguales; ninguna región, raza o confesión puede ser sacrificada a las demás. Y luego se plantea la cuestión de la seguridad nacional, el duro hecho de que otras naciones consideran el sueño estadounidense como una amenaza a sus intereses fundamentales. Otras perspectivas (la moral, la religiosa, la personal) colocan la seguridad nacional en segundo plano pero el ciudadano privado tiene que tomársela en serio, de lo contrario ¿quién lo hará?

Indudablemente, hay otros aspectos de la perspectiva ciudadana que la distinguen de las demás. Pero ya he dicho bastante para sugerir lo esencial de la cuestión. Ser un ciudadano privado requiere trabajo, trabajo de tipo espiritual. Uno no es un ciudadano privado si nunca encuentra tiempo y energía para deliberar sobre el bien público, ya sea en solitario o, más comúnmente, con otros aspirantes a ciudadano. Pero incluso después de

---

[2] Véase cap. 9, pp. 268-269, para más observaciones sobre el privatismo perfecto.

dedicar tiempo y esfuerzos a esta deliberación, uno no ha de esperar llegar a acuerdos fáciles con sus compatriotas. La perspectiva ciudadana es lo bastante amplia como para dar lugar a numerosos y apasionados conflictos. Y requerirá todavía más trabajo negociar soluciones comunes a los grandes problemas a los que hemos de hacer frente juntos. A efectos del tema que nos ocupa, sin embargo, la necesidad que tenemos todos de *trabajar* en la ciudadanía privada basta para llevar la argumentación a la siguiente fase.

Las necesidades expresivas de una ciudadanía privada

Dicho de forma sencilla: los ciudadanos estadounidenses no trabajan igual de duro todo el tiempo. Este tema se encuentra en la base del sistema legislativo de dos vías. La vía legislativa superior ha sido diseñada para estructurar la deliberación cuando trabajamos de un modo especialmente duro y productivo como ciudadanos; la vía legislativa normal, cuando no lo estamos haciendo. Si, como ahora mismo estoy suponiendo, estos sistemas institucionales funcionan como es debido, responden a un hecho fundamental respecto a la existencia política moderna; la implicación de las masas en la vida política es una variable, no una constante.

De hecho, los sistemas de dos vías es mejor verlos como un caso especial de la clase mucho más amplia de los sistemas de *n* vías. Si una comunidad de ciudadanos privados abordase este problema en una deliberación pública, podría diseñar tres o más vías, cada una de ellas calibrada a un nivel diferente de implicación ciudadana: la vía inferior para los temas que han de resolverse sin mucha actividad deliberativa por parte del grueso de la ciudadanía; la siguiente para algo más; y así sucesivamente hasta llegar a la vía superior, en la que el grueso de la ciudadanía ha invertido una gran cantidad de tiempo y energía en la actividad deliberativa.

Por supuesto, incrementar el número de vías incrementa el nivel de complejidad institucional. Un sistema de dos vías requiere «meramente» que instituciones conservacionistas como el Tribunal Supremo eliminen leyes de las vías inferiores que sean inconsistentes con los principios de la vía superior. Un sistema de *n* vías exige muchas más capas de revisión. Las instituciones conservacionistas revisan las leyes aprobadas en la vía inferior para comprobar si son compatibles con las aprobadas en las vías medias, que a su vez han de ser revisadas para comprobar su compatibilidad con la vía superior. Todo ello puede llegar a parecer un galimatías que no va a ninguna parte. Sin embargo, creo que la Constitución estadounidense moderna se entiende mejor si consideramos que tiene tres vías básicas y no dos; por debajo de las normas del Congreso hay una tercera vía que contiene los miles de reglamentos aprobados por la burocracia moderna. Buena parte de la normativa administrativa moderna entra en conflicto

con unas vías en las que los principios legales enunciados en las dos vías superiores se despliegan para limitar las reglamentaciones burocráticas[3].

Este no es lugar para extender mi análisis de las dos vías a la realidad de las tres vías del moderno gobierno administrativo. Introduzco el problema aquí porque ilustra bien la relativa importancia de dos ideas básicas que no han dejado de reaparecer en este ensayo: la ciudadanía privada y la legislación de doble vía. Es la primera, no la última, la que es fundacional. Desde el punto de vista de una comunidad de ciudadanos privados no hay nada especial en el hecho de que haya dos vías. Dos pueden ser mejor que una, pero esto no proporciona a la ciudadanía privada todos los recursos expresivos que necesita para recalcar los diferentes valores democráticos que aplica a distintos tipos de normativa. Aunque los costes de la complejidad son sustanciales, puede valer la pena discriminar entre diversos grados (no solo dos) de amplitud y profundidad del compromiso ciudadano.

Las exigencias de la tradición

Hemos estado considerando la idea básica de la legislación de doble vía desde el punto de vista del ciudadano privado. Dada su cambiante implicación en la empresa de gobernar, ¿acaso no tiene sentido respaldar un intento multivía de separar aquellas ocasiones en las que ha llevado a cabo un juicio *considerado* con una decisiva *mayoría* de sus compatriotas de las otras muchas ocasiones en las que no se ha aplicado tan intensamente, o tan productivamente, en la definición del bien público?

Nuestro siguiente paso confiere concreción práctica a esta pregunta. La cuestión esencial no es si Estados Unidos ha de respaldar conscientemente la idea abstracta de la democracia dualista, sino si ha de respaldar la versión particular de la misma que ha llegado hasta nosotros después de dos siglos de práctica histórica. La idea abstracta puede ser valiosa pero su ejecución histórica podría ser horrible ¿Por qué tendrían que pensar los estadounidenses que su particular Constitución dualista es lo suficientemente buena como para merecer un apoyo a conciencia?

Una respuesta meditada requiere una exploración mayor como la sugerida en este proyecto multivolumen: ¿cómo ha funcionado el sistema dualista a lo largo del tiempo, cuáles son sus recursos internos para la reforma? De momento, asumiré que esta exploración nos lleva a concluir que el futuro no es desesperado y que, con un poco de esfuerzo, podemos

---

[3] Véase Richard Stewart, «The Reformation of American Administrative Law», *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, p. 1667. Además de este sistema de tres vías a escala nacional, se establece un conjunto adicional de vías legislativas a escala estatal.

utilizar estos materiales tradicionales para construir una democracia dualista decente. (La segunda parte de este capítulo retoma este tema con un espíritu algo más escéptico). En este marco de optimismo cauteloso, seguiré explorando el vínculo entre ciudadanía privada y democracia de doble vía, pero esta vez de una forma que apunta a las prácticas dualistas particulares que han construido los propios estadounidenses.

Presentaré dos argumentos que evocan aspectos diferentes del carácter complejo del ciudadano privado. El primero le pide que considere la tradición como un recurso crucial para sus compromisos activos en la *ciudadanía* privada. El segundo le insta a contemplar la forma en que contribuye a proteger los valores expresados por sus momentos más pasivos de ciudadanía *privada*. En cada caso, trataré de convencer a mi hipotético interlocutor de que sus intereses más profundos salen mejor parados si acepta la línea de base que nos proporciona la tradición histórica en vez de rechazarla como indigna del compromiso de un estadounidense sensato.

El argumento dialéctico

Extraigo mi primer argumento, quizá paradójicamente, de nuestra tradición revolucionaria. La variante estadounidense de esta tradición, como hemos visto[4], no glorifica la transformación social violenta por sí misma, aunque ha habido más violencia y más transformación de lo que se reconoce generalmente. Se centra en la idea de renovación política, en la posibilidad de que los ciudadanos puedan marcar un nuevo comienzo movilizándose a favor de una deliberación política sostenida acerca de su futuro como nación.

¿Acaso no es muy importante que los hombres y mujeres de Estados Unidos lo intenten? Y lo será todavía más cuando lo consigan, aunque no sea perfectamente, por supuesto, sino de una forma que permita a las partes contendientes enfrentarse una a otra, en vez de gesticular ciegamente; cuando luchen por ganarse el apoyo de una mayoría movilizada de una forma que incluso los perdedores reconozcan su victoria, aunque sea a regañadientes, y autoricen a los vencedores a hablar en nombre del Pueblo.

Estos éxitos no se dan muy a menudo. Son demasiadas las formas en que puede fallar la política constitucional, pero es justo hacer honor a sus logros paradigmáticos. Contrastando las leyes ordinarias con los principios constitucionales heredados, nuestras instituciones están poniendo constantemente la política ordinaria en perspectiva, presentándola como lo que es, uno de los precios que hemos de pagar para vivir en una sociedad libre, un precio que vale la pena pagar pero *no* lo mejor que pueden hacer

---

[4] Véase caps. 7-8.

los estadounidenses cuando trabajan de un modo productivo en su proyecto común de ciudadanía. Al llamar a la política ordinaria por su nombre hacemos honor a nuestra tradición revolucionaria de soberanía popular negándonos a confundirla con la vida democrática normal.

No es solamente una forma de respetar el pasado. Conservando los paradigmas de la política constitucional triunfante hacemos hincapié en una posibilidad presente y futura: al igual que nuestros predecesores, también nosotros encontramos en nuestro interior que podemos hablar con la voz de Nosotros, el Pueblo, siempre que mantengamos vivo su lenguaje. Sin embargo, si nos permitimos olvidar la distinción misma entre política ordinaria y política constitucional, obliterando las prácticas institucionales organizadas en torno a esta distinción ¿seguiremos poseyendo el lenguaje y la práctica necesarios para hablar en nombre del Pueblo cuando queramos hacerlo?

Es ingenuo responder que los estadounidenses podemos simplemente forjar un nuevo lenguaje de soberanía popular cuando el espíritu nos lo pida. No es así como ocurren las cosas en la historia, ni siquiera en la historia revolucionaria. Por muy creativa que fuese la Convención de Filadelfia, no construyó su lenguaje y su práctica dualista a base solo de imaginación o por pura perspicacia especulativa. Habló en nombre del Pueblo adaptando ideas y prácticas entonces vigentes, muchas de ellas heredadas de los revolucionarios ingleses del siglo anterior[5]. El genio de los Fundadores residía principalmente en la forma brillante en que combinaron estas ideas y prácticas en unos nuevos patrones constitucionales que prometían renovar y redefinir el significado de la soberanía popular de los estadounidenses. Hablando un lenguaje que se hacía eco de vocabularios y prácticas ya existentes, los Federalistas consiguieron evitar la tragedia que aqueja a tantos revolucionarios «triunfantes», cuyo lenguaje pierde el contacto con las tradiciones autóctonas de gobierno, distanciándose de este modo del Pueblo en cuyo nombre tratan de hablar.

Esta capacidad de profundizar en los significados democráticos y revitalizarlos mediante una ingeniosa recombinación de ideas y prácticas recibidas es muy valiosa y no es en absoluto un monopolio de la generación de la Fundación. Los Republicanos del siglo XIX reeleboraron los parámetros característicos del siglo XVIII al renovar su compromiso con la Unión; lo mismo hicieron los Demócratas del siglo XX al reafirmar la relevancia del Estado del bienestar democrático frente a las alternativas nazi y comunista. ¿Podrá este notable ejercicio de renovación democrática

---

[5] Véase F. Michelman, «Foreword: Traces of Self-Government», *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, pp. 4, 36-55; J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, cit., Tercera Parte; G. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, cit.; y capítulos 7-8.

mediante la creativarecombinación de ideas tradicionales seguir funcionando el próximo siglo? Una cosa está muy clara: no lo hará si durante tiempos más normales los estadounidenses destruyen los materiales dualistas disponibles para efectuar una nueva reconstrucción en nombre del Pueblo. Si dejamos que nuestra tradición de producción normativa de carácter superior se hunda en las profundidades del inconsciente colectivo, la noción de soberanía popular se volverá trivial o temible, o ambas cosas. Trivial, si nuestras instituciones llegan a aceptar la afirmación del Presidente de que ha recibido un «mandato» del Pueblo en cada detalle de su programa[6]. Temible, si permite a los demagogos explotar estallidos pasajeros de pasión popular sin exponer sus iniciativas constitucionales a un periodo continuo de deliberación institucional y verificación electoral antes de que sean admitidas en el canon de la norma superior.

Estos peligros gemelos han informado mi tratamiento del Tribunal Supremo como la principal (aunque no la única) institución conservacionista de la Constitución dualista. Revocando leyes recientes que parecen inconsistentes con las soluciones constitucionales del pasado profundo, el Tribunal empieza, pero no concluye, el debate popular. Advierte al grueso de ciudadanos privados de que está sucediendo algo especial en los salones del poder, de que sus aspirantes a representantes están intentando legislar de una forma que pocos movimientos políticos en la historia estadounidense han practicado con credibilidad; y de que ha llegado el momento, una vez más, de determinar si su generación responderá haciendo el esfuerzo político necesario para redefinir, como *ciudadanos* privados, su identidad colectiva. Presentando de nuevo las conclusiones alcanzadas por el Pueblo anteriormente, el Tribunal apela a la ciudadanía del presente para que reflexione sobre la imagen que proyectan las decisiones tomadas por el Pueblo en el pasado. Y si no nos gusta lo que vemos, todavía podemos hacer algo al respecto, movilizando nuestras energías como *ciudadanos* privados para enmendar la Constitución. Al hacer este esfuerzo de redefinirnos, siempre es posible romper el espejo con la esperanza de que los Estados Unidos del futuro no se parezca en nada a los Estados Unidos del pasado. ¿No es esta noción de una revolución completa una ilusión fatal? ¿No sería mucho mejor utilizar el espejo para que nos ayude a averiguar qué es lo que vale la pena salvar y qué es lo que necesita una reforma revolucionaria?

Esta es, en todo caso, la clave de mi primer argumento en defensa de la aceptación de la Constitución histórica como punto de partida para los esfuerzos de autodefinición democrática de nuestra propia generación.

---

[6] Por ejemplo, yo he visto al presidente Bush afirmar que el Pueblo le ha dado un «mandato» ¡para reducir el impuesto sobre las rentas del capital del 28 al 18 por 100!

Rescatando una idea de la que se ha abusado mucho, el uso que hace el Tribunal del pasado profundo ha de entenderse dialécticamente. Su tesis interpretativa[7] acerca del significado histórico de la Constitución obliga a los movimientos políticos del presente a ir más allá de la huera retórica política normal para explicar de un modo más incisivo lo que echan en falta en la tesis del Tribunal y para exponer sus contratesis en un lenguaje constitucional que contenga una promesa realista, si es aceptado, de hacer efectivos a la larga sus ideales transformadores. Como la exposición que hace el Tribunal de sus tesis históricas genera intentos políticos de exponer contratesis, la intensificación del diálogo capacita al pueblo estadounidense para considerar su futuro con una mayor conciencia de las alternativas de la que podría tener en caso contrario: si hemos de romper con el pasado, ¿qué dimensiones ha de tener esa ruptura? ¿De qué tipo ha de ser?

Al dramatizar el carácter de las tesis históricas y de las antítesis propuestas, el diálogo institucionalizado entre el Tribunal y los otros poderes del Estado permite una elección más deliberada y popular a la hora de definir la amplia síntesis de principios del pasado y del presente que deben guiar a la República en la siguiente fase de su desarrollo. Tesis, antítesis, síntesis: la actividad dialógica de cada generación proporciona a su vez la nueva tesis histórica para la permanente confrontación de la siguiente generación con el futuro constitucional de Estados Unidos[8].

Es cierto que el Tribunal Supremo no es precisamente el único mecanismo institucional para organizar esta conversación entre el presente y el pasado acerca del futuro. En Europa, por ejemplo, el intento de una redefinición históricamente fundamentada es impulsado por un debate ideológico dentro de unos partidos políticos muy cohesionados y por los desafíos dialécticos más sutiles de las elites burocráticas. Pero ¿están los estadounidenses realmente preparados para decir que estas alternativas son mejores? ¿Otras? ¿Acaso no sería prematuro destruir los recursos para la

---

[7] Véase cap. 4, pp. 128-129; cap. 5, pp. 158-159; cap. 6, pp. 170-193.

[8] Tesis, antítesis, síntesis: quizá estoy cometiendo un error invocando estos términos dialécticos, aunque lo haga ligeramente. Probablemente están demasiado incrustados en los famosos esfuerzos teutónicos de trazar el curso de la Historia desde Berlín o el Museo Británico. Para no cometer ningún error, rechazo completamente la idea de que la sociedad se mueva por una vía histórica predeterminada cuya forma podríamos conocer si fuéramos más inteligentes y estuviéramos más versados en la ciencia de la dialéctica. Utilizo estos poco felices germanismos solo para provocar la reflexión sobre las consecuencias constitucionales de rechazar la búsqueda en el siglo XIX, de una ciencia de la necesidad histórica. Una vez que tomamos conciencia de que no somos juguetes de un destino mayor, es más (no menos) importante que los ciudadanos estadounidenses reflexionemos hacia dónde hemos de ir, porque si no deliberamos juntos, la Historia no va a revelarnos su significado por sí misma. Nuestra opción, en cambio, es la que describe Publius entre «establecer un buen gobierno a partir de la reflexión y la elección, [o] depender de un accidente o de la fuerza», *The Federalist,* núm. 1 (A. Hamilton), en C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, cit., p. 33.

reflexión colectiva que poseemos, con la esperanza de que en el páramo de la política broten unos recursos mejores?

El regateo entre la libertad personal y la historia constitucional

Mi primer argumento ha adoptado el punto de vista del *ciudadano* privado. Quizá esta perspectiva no sea crucial en la configuración de su identidad personal en esta ocasión, pero no debe usted considerar esta pasividad actual como una característica fija de la condición humana. Puede que llegue un momento en que usted opte por implicarse más activamente en la vida pública y entretanto sería recomendable que apoyara la conservación de los lenguajes y prácticas dualistas que harán del ejercicio deliberado de la ciudadanía activa una posibilidad dotada de sentido.

Mi segundo argumento, por el contrario, parte del ciudadano *privado* tal como es y no tal como puede llegar a ser. Sin duda, no podemos tomarle la medida simplemente subrayando las miradas distraídas que dirige a la escena política nacional. Si bien su pasividad como ciudadano no provoca admiración, su vida puede tener otros muchos aspectos valiosos. Son estos otros valores e intereses, el ciudadano explica, lo que *apropiadamente* le distrae de una firme preocupación por el bien público de la nación como un todo: su trabajo, su familia, sus amigos, su religión, su cultura, todo ello entretejido para formar el notable *patchwork* que es la vida de la comunidad estadounidense.

Esta increíble diversidad de la experiencia vivida es en sí misma una de las grandes glorias de Estados Unidos; y no podría darse si todo el mundo colocase todo el tiempo en primer plano a la ciudadanía nacional. En vez de considerar la implicación cambiante de la ciudadanía privada como una concesión a la debilidad humana, hemos de verla como lo que es: una parte del precio a pagar por la libertad; libertad para explorar en toda su amplitud y profundidad el espíritu humano; libertad para vivir dentro de uno de los innumerables marcos de significado abiertos por el mundo moderno, sin excesiva interferencia de Washington, DC.

Desde este punto de vista, los grandes momentos de creatividad constitucional en la historia estadounidense nunca pueden ser vistos como si no tuvieran pros y contras. Incluso los éxitos nos distancian de cosas que nos tocan muy de cerca. No tiene nada de extraño que tantos (aunque no todos)[9] grandes puntos de inflexión constitucionales hayan estado asociados con guerras o desastres económicos terribles. Es seguramente muy positivo que podamos

---

[9] Por ejemplo, el movimiento en pro de los derechos civiles (seguramente el más notable de los éxitos recientes de la política constitucional) tuvo lugar durante un periodo de una prosperidad extraordinaria en Estados Unidos.

trabajar productivamente como ciudadanos cuando el momento histórico o nuestra conciencia nos lo pidan, pero no es menos importante explorar mundos de significado muy diferentes, con unos cuantos amigos íntimos o con miles de compañeros de trabajo; mundos que nos invitan a ir más allá de las fronteras geográficas para buscar asociaciones religiosas o culturales con personas diferentes y distantes. Estos distintos valores están en peligro cuando hay una excesiva fijación en la política constitucional y la *ciudadanía* privada.

La política ordinaria, en suma, no es solo una parte predecible del ciclo de la historia estadounidense. No deberíamos querer salir de este ciclo aunque fuera posible hacerlo. Perderíamos muchas cosas de valor si estuviésemos debatiendo constantemente el futuro de Estados Unidos entre nosotros. Si bien el futuro político del país se pone en peligro con un exceso de pasividad, un exceso de actividad no siempre es una solución mejor.

Esta vía de reflexión da entrada a mi segundo argumento. Teniendo en cuenta todas las demandas que se hacen a su tiempo y a sus energías ¿acaso no es razonable que cada ciudadano privado pida a sus compatriotas un cierto grado de contención a la hora de exigirle que realice una fuerte inversión en el proceso de deliberación pública? Solo si un número *considerable* de ciudadanos cree que hay algo *realmente equivocado* en la tradición de la norma superior, es apropiado que nos obliguen a los demás a implicarnos en la ardua empresa de renovación y redefinición colectiva que proponen.

Sin embargo, éste es precisamente el efecto que produce una Constitución dualista que mira hacia el pasado. En la medida en que esta funcione bien, nuestro ciudadano *privado* puede tener la garantía razonable que busca. No se verá llevado a desplegar una actividad extraordinaria meramente porque los políticos electos consideren conveniente explotar la apatía, la ignorancia y el egoísmo de la política ordinaria de una forma que ponga en peligro tradiciones fundamentales. Dado que el Tribunal Supremo (y otras instituciones conservacionistas) se resistirán a estos intentos fáciles de cambiar radicalmente la norma superior, los políticos electos utilizarán normalmente su ventaja electoral sin embarcarse en retos tan fundamentales. Solo cuando se produzca en el país un movimiento sustancial a favor de reformas revolucionarias, empezarán los políticos electos a señalar la llegada de un momento constitucional cuestionando abiertamente determinados principios tradicionales[10].

En ese momento, nuestro ciudadano *privado* se verá frente a una difícil elección. Ahora está sobre aviso: si se mantiene pasivamente al margen, aspectos fundamentales de su situación social pueden verse radicalmente revolucionados sin que haya participado seriamente en ello. El destinatario de esta señal, por supuesto, no disolverá como por arte de magia el dilema experimentado por aquellos ciudadanos privados que pierden muchas cosas de valor cuando

---

[10] Véase cap. 9, pp. 275-251; cap. 10, pp. 308-324.

empiezan a hacer una fuerte inversión en la participación política. El dualista, sin embargo, no confía en «resolver» este dilema. Simplemente proporciona recursos constitucionales que nos permiten a todos convivir con el dilema lo más sensatamente posible. Al menos, la Constitución de doble vía trata de garantizar a nuestro ciudadano *privado* que no será llamado a implicarse activamente por una razón normal de ventaja electoral, sino porque otros muchos *ciudadanos* privados piensan que ha llegado el momento de hacer un trabajo colectivo serio ¿Puede uno realmente pedir más?

Si el lector lo prefiere, puede formular su respuesta en el lenguaje del consenso[11]. Votando por los políticos ordinarios, el ciudadano *privado* no pretende que su voto signifique que da su consentimiento a un cambio en los principios fundamentales; si lo que se busca es este cambio, la ciudadanía en general ha de ser advertida de ello para tener la oportunidad de deliberar acerca de la propuesta transformadora de una forma sostenida; si no lo es, los políticos electos no pueden presumir de haber obtenido el consentimiento del Pueblo a sus discursos hueros sobre un «mundo feliz».

La cuestión definitiva

¿Podemos pasar ahora a la tercera fase del argumento? La etapa uno era abstracta: explicaba por qué la democracia de doble vía satisfacía las necesidades expresivas de los ciudadanos privados a medida que estos iban cambiando su implicación política a lo largo del tiempo. La etapa dos era más concreta: exploraba las formas con las que la tradición particular estadounidense de la democracia dualista proporcionaba recursos para la práctica de la ciudadanía privada tanto en su fase activa como en su fase pasiva. La etapa tres aborda la cuestión definitiva: ¿tiene sentido como proyecto vital la ciudadanía privada? ¿Qué tiene de positivo?

Las deflexiones de la teoría democrática

Es una pena que buena parte de la teoría democrática moderna haya desviado nuestra atención de este problema. Las fuentes de distracción son muchas y variadas. Por un lado, la ciudadanía privada está bajo la amenaza constante de los defensores de los altos principios morales, que muestran su desdén ante el nivel general de apatía e ignorancia, egoísmo y estrechez de miras que predominan entre la ciudadanía privada. Desde su elevado pináculo, la implacable economía de la virtud cívica hace que

---

[11] Nunca he sido un partidario entusiasta del principio del consenso, al menos cuando se pretende utilizarlo como base de la vida política. Véase mi libro *Social Justice in the Liberal State*, 1980, pp. 336-342. A los efectos actuales, sin embargo, estoy dispuesto a dejar mis reservas de lado si esto contribuye a hacer que el dualismo les parezca una opción sensata a mis conciudadanos.

la implicación estadounidense en el autogobierno parezca un asunto trillado y patético. Es mucho mejor mantener esta implicación en un ámbito puramente simbólico y consolidar la autoridad de una elite educada lo suficientemente informada como para tomarse en serio las cuestiones de gobierno[12]. O quizá la respuesta correcta para la elite sea lavarse las manos respecto a la política democrática y retirarse a la universidad a contemplar su propia sabiduría[13].

El desdén aristocrático puede disolverse gradualmente y convertirse directamente en miedo. La movilización de las masas en el siglo XX no ha sido una historia feliz. Pensemos en los bolcheviques, los nazis, los maoístas. Con estos ejemplos en mente, lo último que uno querría alentar es la ciudadanía privada; la implicación popular solo degeneraría en una perversa combinación de histeria y tiranía burocrática. Quizá el portavoz más profundo de este punto de vista sea Joseph Schumpeter. Saliendo de su confrontación con el nazismo y el bolchevismo, su obra *Capitalismo, socialismo y democracia* expresa su compromiso con la importancia de unas elecciones libres e imparciales[14]. Sin embargo, Schumpeter entiende su función de una forma que distingue los argumentos a favor de la democracia de la promesa de la ciudadanía privada. Para él, ya es bastante que un electorado democrático sea un animal notoriamente voluble. Aunque «los de dentro» pueden derrotar a «los de afuera» en una o dos o tres elecciones, sus intentos de monopolizar el poder se verán finalmente desbaratados, aunque solo sea porque los candidatos de la oposición han conseguido convencer a los votantes de que sus sonrisas son más fulgurantes o de que el texto de sus lemas electorales es más profundo. E incluso si las elites son desestabilizadas por unas sacudidas electorales casi aleatorias, esto puede ser suficiente para desbaratar las tiránicas ambiciones de unas camarillas políticas permanentemente consolidadas[15]. Y con esto, por razones comprensibles, los schumpeterianos se quedan satisfechos.

---

[12] Véase, por ejemplo, Anthony Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press,1992, cap. 1.

[13] Esta tendencia es muy acusada entre los straussianos. Véase la discusión de Martin Diamond en el cap. 8, pp. 259-262.

[14] Véase Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper & Brothers, 1942, caps. 21-22.

[15] Schumpeter se muestra cauteloso aquí y subraya solo el papel de las elecciones regulares para preservar la libertad de expresión:

> Si, en principio al menos, todo el mundo es libre de competir por el liderazgo político presentándose al electorado, esto significa, en la mayoría de los casos, aunque no en absoluto en todos, una cantidad considerable de libertad de discusión *para todos* […]. Esta relación entre democracia y libertad no es absolutamente rigurosa y puede ser manipulada. De todos modos, desde el punto de vista del intelectual, es muy importante. Al mismo tiempo, es lo esencial de esta relación.

J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., pp. 271-272. Para un argumento contemporáneo de tipo schumpeteriano, véase William Riker, *Liberalism against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Science*, San Francisco, W. H. Freeman, 1982.

Al igual que en Europa, el temor a las masas es detectable en buena parte de la ciencia política estadounidense. Sin embargo, la línea principal ha parecido claramente optimista, aunque solo por comparación. Los académicos modernos han continuado haciendo hincapié en la capacidad de los estadounidenses de actuar colectivamente de una forma constructiva, si bien no han reservado un lugar de honor a la implicación problemática de las masas en la ciudadanía privada. De hecho, la atención académica adoptó un enfoque pluralista, centrándose en la medida en que los estadounidenses se entienden a sí mismos como miembros de una serie de grupos de interés, definidos principalmente en un sentido económico, étnico y religioso. Desde este punto de vista pluralista, la política democrática es principalmente un proceso por el que los grupos de interés negocian unos con otros. Cada uno de los temas que están en la agenda pública afecta a los intereses de diferentes grupos con intensidades diferentes. Los políticos actúan como agentes de bolsa que idean resultados que expresan el equilibrio inestable de las presiones que ejercen los grupos de interés. Al menos en lugares como Estados Unidos, la respuesta correcta a la pregunta *¿quién gobierna*? es que nadie lo hace todo el tiempo[16]. Dado que diferentes grupos invierten sus escasos recursos políticos en diferentes temas, ningún grupo individual tiene siempre la última palabra.

Aunque el análisis pluralista degeneraba a veces en meras apologías, alentaba positivamente una poderosa forma de crítica: la búsqueda de los intereses suprimidos. Esto comportaba la identificación de grupos que, por una razón estructural u otra, tenían muchas dificultades para encontrar un lugar en el bazar pluralista[17]. Los negros y otros grupos empobrecidos encabezaban la lista, que con el tiempo se ha ampliado para incluir intereses más difusos como los de los grupos ecologistas o los de las asociaciones de consumidores. A medida que el número y la variedad de dichos grupos débiles se hacen evidentes, el pluralismo estadounidense empieza a parecer menos benigno.

No menos importante es el hecho de que este diagnóstico sugería su propia cura ¿No deberíamos tomar medidas para modificar las estructuras políticas que permitan a todos los grupos competir entre sí en unos términos prácticamente iguales? Este ideal, que calificaré de pluralismo perfeccionado, ha demostrado ser atractivo para una serie de públicos diferentes, que van desde los organizadores de las bases populares hasta el Tribunal Supremo estadounidense[18].

---

[16] Véase R. Dahl, *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, cit.; R. Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1971. Con el tiempo, un sesgo escéptico ha adquirido mayor prominencia en la obra de Dahl. Véase, por ejemplo, R. Dahl, «On Removing Certain Impediments to Democracy in the United States», *Political Science Quarterly*, vol. 92, 1977; R. Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1982.
[17] Un excelente ensayo en este género es John Gaventa, *Power and Powerlessness: Quiescence and Rebellion in an Appalachian Valley*, Urbana y Chicago, University of Illinois Press, 1980.
[18] Véase el cap. 5, pp. 156-158, que se discute por extenso en mi artículo «Beyond Carolene Products», *Harvard Law Review*, vol. 98, 1985, p.713.

Mi propia respuesta es mixta. Los grupos de interés, por supuesto, desempeñan un papel importante en la política ordinaria; teniendo en cuenta este hecho, estoy de acuerdo en que el gran desequilibrio de recursos organizativos disponibles para los diferentes grupos es asunto de preocupación y opino que deberíamos tomar medidas institucionales creativas para corregir tales desequilibrios. Sin embargo, esto comporta un peligro. Las medidas encaminadas a corregir desequilibrios organizativos pueden erosionar compromisos dualistas más fundamentales y lo que es más importante: estas reformas nos permiten demasiado fácilmente olvidar que no somos meramente miembros de una raza, una religión, una clase, una región o una industria. Somos también ciudadanos de Estados Unidos preocupados por los derechos de todos los estadounidenses y por los intereses permanentes de toda la comunidad. *Esta* es la voz que la estructura constitucional alienta a desarrollar. No debemos conformarnos con el pluralismo perfeccionado. Como en el caso de Madison, nuestro juego constitucional es el «divide y vencerás». Dejemos que miles de grupos de interés proliferen de modo que sus estrechos objetivos se anulen mutuamente y dejen cierto margen de maniobra al intento de los políticos/estadistas y de los ciudadanos privados de centrarse, si bien de forma dispersa, en el bien público. Hacer un esfuerzo excesivo para corregir el desequilibrio entre los grupos de interés puede dar la impresión de que lo que es «realmente» importante es la estrecha búsqueda de intereses parciales, más que la del bien del conjunto.

También amenaza el desarrollo futuro de la política constitucional. Tener como objetivo la «imparcialidad» entre los intereses existentes puede consolidar el sistema existente de política ordinaria de una forma que puede hacerla excesivamente resistente a subsiguientes movimientos populares favorables a una redefinición política[19]. El pluralista (perfeccionado o no) no entiende la importancia de estos movimientos, porque no ve una vez más la importancia fundamental que tiene la ciudadanía privada como algo diferente de las asociaciones grupales más estrechas.

En todo caso, la crítica dualista del pluralismo se aplica de un modo realmente pertinente a un enfoque todavía más estrecho adoptado por una tendencia reciente en la ciencia política: la denominada escuela de la elección pública[20]. Esta tendencia de cariz economicista empieza con el individuo,

---

[19] Nótese que digo «excesivamente resistente». Un movimiento transformador no ha de esperar que su pretensión de hablar en nombre del Pueblo sea aceptada fácilmente. Véase el cap. 10, pp. 321-324. Como muchas cuestiones de diseño constitucional, se trata en este caso de mantener el equilibrio adecuado, un equilibrio que se pierde cuando se presta una atención indebida al desequilibrio de los grupos de interés.

[20] La revista *Public Choice* publica regularmente una muestra representativa del trabajo de este grupo. Entre sus líderes intelectuales se cuentan: James Buchanan, Gary Becker, Gordon Tullock, y George Stiegler. Véase, por ejemplo, Gary Becker, «A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence», *Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, 1983, p. 371; G. Brennan & J. Buchanan, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*,

no con el grupo, y busca describir la política que surgiría si todos los participantes estuviesen exclusivamente preocupados por la búsqueda del interés personal. Una vez más, no pretendo negar la importancia de este enfoque, ya que hacerlo equivaldría a ignorar la existencia de millones de perfectos privatistas en la vida estadounidense que consideran que todo esfuerzo centrado en el bien común es una pérdida de tiempo. El problema se produce cuando la perspectiva de la «elección pública» confunde esta parte de la política con el todo. El privatismo perfecto es una parte crucial del problema de la política estadounidense, no la piedra angular de su solución constitucional.

¿Ciudadanía privada?

Es decir, siempre que para los estadounidenses todavía tenga sentido responder a la llamada de la ciudadanía privada. Pero, ¿lo tiene? ¿Por qué no rechazar totalmente el proyecto?

Una respuesta afirmativa requiere una defensa en dos frentes. Por un lado, hemos de explicar por qué no debemos unirnos a los privatistas que se burlan de aquellos pobres ignorantes que siguen preguntándose, aunque de un modo algo distraído, qué *es* bueno para el país. Por otro lado, hemos de contrarrestar a los tipos cívicos que condenan la ciudadanía privada como algo intolerablemente mezquino: sus miradas distraídas, sus obligaciones superficiales, sus compromisos episódicos.

Empecemos por este segundo punto. Tres grandes temas deberían hacernos pensar dos veces antes de unirnos al renacimiento de un ideal de ciudadanía que rivalizaría en intensidad con el de la Grecia clásica. El primero tiene que ver con el trabajo. A los griegos no les gustaba mucho: el trabajo era para los esclavos, las mujeres y los extranjeros; para todos, menos para los ciudadanos, a los que les encantaba conversar, luchar y hacer ejercicio pero que procuraban trabajar lo menos posible. Ahora, a los estadounidenses tampoco nos gusta especialmente trabajar pero vemos en el trabajo una fuente fundamental de valor. El trabajo tiene una dignidad y esto por sí solo cambia nuestra actitud hacia la ciudadanía de dos formas diferentes. Primero, todas las personas que trabajan (en la fábrica o en el campo, en el despacho o en casa) *merecen* ser ciudadanos; segundo, los deberes normales de la ciudadanía no deberían ser tan onerosos como para hacer imposible que los estadounidenses trabajasen una jornada completa.

---

cit.; J. Buchanan y G. Tullock, *The Calculus of Consent*, cit.; James Buchanan, Robert Tollison y Gordon Tullock (eds.), *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station, Texas A & M University Press, 1980; George Stigler, *The Citizen and the State: Essay on Regulation*, Chicago, Chicago University Press, 1975. Para una exploración de cariz económico de los límites del interés personal en política, véase Joseph Kalt y Mark Zupan, «Capture and Ideology in the Economic Theory of Politics», *American Economic. Review*, vol. 74, 1984, p. 279.

Este simple punto pretende justificar la característica más distintiva de la ciudadanía privada: el hecho de que es una especie de prenda holgada que los estadounidenses podemos vestir mientras representamos otros muchos papeles en la vida social. Una segunda diferencia con los griegos remacha aún más el clavo. Esta diferencia es el legado del cristianismo que hace hincapié en el valor supremo de los ejercicios espirituales muy alejados del foro público. Esta mirada interior ha sido redefinida pero no abandonada por personas, como yo mismo, que no buscan inspiración en las religiones tradicionales[21]. Tanto para los modernos como para los religiosos sería intolerablemente frívolo atribuir un valor *demasiado* elevado a algo tan público como la ciudadanía. Sin embargo, esto, paradójicamente, sugiere que una concepción relativamente poco exigente de la ciudadanía satisface mejor nuestras más elevadas aspiraciones. Solamente diseñando una ciudadanía en un sentido dualista podemos preservar un espacio espiritual para asuntos de importancia primordial que trascienden al estado secular.

Y finalmente tenemos la idea moderna de libertad. Todos tenemos derecho a decidir cómo vivimos sin que el Gran Hermano nos obligue a hacer lo que no queremos hacer o nos mire por encima del hombro. Tolerancia es una palabra demasiado pobre para describir este ideal. La diversidad de opciones vitales es un bien positivo que simboliza la inagotable fecundidad de la libertad humana, la imposibilidad de una sola persona o de una comunidad en concreto, de dominar la totalidad del valor. Pero esto, una vez más, nos lleva a una visión cautelosa de las responsabilidades de la ciudadanía. Las obligaciones cívicas tienen que diseñarse para que puedan asumirlas tipos de personas radicalmente diferentes. Cargar de responsabilidades a los ciudadanos privados sin una razón convincente es una falta de respeto a la libertad.

La dignidad del trabajo; la introspección del valor; el valor de la libertad: éstas no son cosas triviales y todas ellas me llevan a la senda de bajada hacia la ciudadanía privada y no a una empinada senda de subida hacia una virtud de tipo griego. Algunos de nosotros, por supuesto, optaremos por un compromiso mayor con el servicio público, pero los cimientos de la ciudadanía privada tienen que sentarse a otro nivel.

Como hemos visto, incluso este nivel les parecerá demasiado elevado a los perfectos privatistas ¿Qué podemos decirles?

Tres cosas. La primera habla el lenguaje del interés personal a largo plazo. La política puede parecer una enojosa cuestión marginal ahora mismo pero piense, amigo privatista, que podría avecinarse de pronto y agarrarle a usted mismo. ¿Está seguro de que realmente le interesa burlarse

---

[21] Para una discusión sensata, véase Charles Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989.

de la idea misma de ciudadanía? Piense que quizá más tarde, para protegerse usted mismo, se puede encontrar en la tesitura de tener que pedir a los demás que adopten un punto de vista más amplio del bien público.

Un segundo argumento moraliza esta apelación al tosco interés personal a través de la metáfora del contrato social. Siguiendo la obra pionera de John Rawls, piense en el problema desde el punto de vista de una posición original en la que su visión social no esté distorsionada por el conocimiento de las ventajas concretas que tendría[22]. Una vez que se sitúa tras un velo de ignorancia ¿firmaría un contrato social que le impusiera los deberes de la ciudadanía privada? Hay al menos dos motivos para pensar que la respuesta es sí. La primera contempla de un modo instrumental la práctica universal de la ciudadanía privada: le conviene aceptar estas obligaciones porque piense que, en general, le servirán para protegerle de la imposición de una severa desventaja. Considere las alternativas. ¿Está usted dispuesto a confiar en un régimen más elitista detrás del velo de la ignorancia, ahora que no tiene ningún motivo para pensar que usted será un miembro de la elite? ¿Está dispuesto a confiar en una política de puro propio interés, si ignora cuándo saldrá usted perjudicado? La segunda aproximación es más fundacional: utilice el velo de la ignorancia como dispositivo conceptual para clarificar sus propios intereses fundamentales, una vez que las cuestiones limitadas de la ventaja estratégica desaparecen de la vista[23]. Ahora que lo ha hecho, ¿se ha dado cuenta de que tiene un interés fundamental en participar junto con sus conciudadanos en el proyecto permanente del autogobierno, al menos cuando estas obligaciones han sido constreñidas por la apreciación debida de las demandas en liza del trabajo, la espiritualidad interior y la libertad?

El planteamiento final aborda esta cuestión sin invitarle a abstraerse de la particularidad del dilema humano a la manera propuesta por Rawls. No le hace falta ningún velo para imaginar que tiene que apechugar con un problema que no va a desaparecer.

El problema es simplemente éste: no está solo en la Tierra; comparte tiempo y espacio con otras personas, muchas personas, que difieren de usted en un montón de aspectos. ¿Cómo puede asumir este hecho básico? Puede simplemente tratar de oprimir a los demás utilizando la fuerza y el engaño. O puede intentar ponerse de acuerdo con ellos acerca de la mejor forma de asociarse. ¿Acaso no hay una cierta dignidad en esta segunda alternativa? ¿No hay algo noble en exigirse uno mismo, y exigir a los demás, dar una forma inteligible a su vida social común? Si no queremos vivir simplemente como animales merodeando y gruñéndonos de noche unos a otros, ¿no es lo mínimo que nos debemos?

---

[22] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971.
[23] Este es el enfoque sugerido por J. Rawls, «Kantian Constructivism in Moral Theory», cit.

Al fin y al cabo, la construcción de un orden público no parece una tarea totalmente imposible. Personas como nosotros, que viven en este «mundo feliz» de Estados Unidos, llevan algún tiempo luchando por encontrar un significado político. Han sido apartados de esta lucha por un sinfín de distracciones, seguro, y sus mayores logros han quedado marcados por la injusticia.

Y sin embargo, podemos consolarnos con la idea de que la República estadounidense no ha llegado a su final. Todavía no, al menos. ¿Acaso no es mejor luchar por un nuevo comienzo que asistir a la celebración privada de la muerte de la ciudadanía?

Un nuevo comienzo

Pero no basta con establecer un compromiso personal con la ciudadanía privada. El experimento estadounidense de autogobierno no puede perdurar a menos que decenas de millones de nuestros conciudadanos hagan lo mismo.

Este simple pensamiento es suficiente para provocar una ansiosa revaluación. Está muy bien que un profesor de derecho de Yale vea el lado bueno del logro constitucional estadounidense y que exhorte a sus compatriotas a vivir su sueño de la ciudadanía privada. La cuestión es si este ideal tradicional puede resultar deseable para muchos estadounidenses que no dedican su tiempo enseñando derecho constitucional en Yale a cambio de un buen salario.

Especialmente a aquellos estadounidenses cuya primera reacción ante la Fundación es naturalmente de desconfianza: negros que no pueden olvidar que esos caballeros ilustrados establecieron la más poderosa *esclavocracia* del siglo XIX; indios e hispanos que no pueden olvidar la masacre de sus ancestros en nombre del «destino manifiesto»; trabajadores que se preguntan qué tienen en común con un aristócrata como Madison; mujeres… ¡Por algo hablamos de los Padres Fundadores!

Sé que estoy pidiendo mucho cuando pido a esas personas que se unan para contar conmigo una historia del logro constitucional estadounidense que empieza con los Padres de la Fundación. Si esta es la historia común que compartimos como ciudadanos privados, ¿no estamos mejor sin ella? ¿No es hora de afrontar la dura verdad que establecieron Beard y otros progresistas posteriores de que los «grandes momentos» de la historia constitucional estadounidense están tan comprometidos por el engaño y la maldad que son parte del problema y no de la solución? No hay nada de excepcional en la historia constitucional estadounidense, aparte de las mentiras pretenciosas que contamos al respecto de ella. Los estadounidenses (y especialmente los

estadounidenses progresistas) han de continuar la operación de demolición que empezaron tan noblemente los Progresistas. Solo derribando el pasado constitucional podemos afrontar las opresiones de la historia estadounidense, y encontrar el coraje para construir un futuro mejor.

¿No es el neofederalismo un gran error? ¿No nos ciega ante dos de los defectos más transparentes de nuestro pasado: su política oligárquica y su tolerancia de la injusticia social? Consideremos estos dos males por separado.

Más allá de la Fundación

Los Fundadores instauraron una oligarquía. Aunque hablaban en nombre del Pueblo, solo trataban de obtener el consentimiento movilizado de los blancos.

Esto es verdad, por supuesto; y es uno de los principales motivos que me han llevado a proponer una revisión a fondo la narrativa profesional que guía a los jueces modernos a la hora de interpretar la Constitución. Al ignorar o banalizar los logros de la producción normativa de carácter superior en el siglo XX, la narrativa recibida confiere un aspecto excesivamente oligárquico a nuestra historia constitucional. Este sesgo oligárquico se amplía aún más cuando se trata a los Republicanos del siglo XIX como si se hubiesen contentado con hacer tres enmiendas formales al esquema Federalista, en vez de reconstruir la Unión en nombre de un Pueblo redefinido. El resultado neto es acentuar la impresión de que los oligarcas de la Fundación nos están gobernando desde la tumba con una ayuda relativamente escasa de unas personas que no solo están más cerca de nosotros en el tiempo sino también más cerca de nosotros en espíritu democrático.

Por supuesto, si nuestra Constitución no hubiese sido fundamentalmente cambiada desde su Fundación por unos oligarcas varones de raza blanca, simplemente tendríamos que asumir las aciagas implicaciones de esta realidad, pero los hechos son bastante diferentes. Sin la política constitucional de los Republicanos de la Reconstrucción y de los Demócratas del *New Deal*, nuestra Constitución moderna no existiría. Estos portavoces del Pueblo de los siglos XIX y XX se negaron a acatar las reglas para la enmienda constitucional concretadas por los omniscientes, aunque oligárquicos, Fundadores. Los juristas modernos adoptan una ficción legal cuando pretenden otra cosa. La inclinación de la cultura jurídica a tales ficciones no es nada nuevo. Sin embargo, es raro encontrar juristas tejiendo ficciones que hacen que todo su proyecto de derecho constitucional sea *más* ilegítimo de lo que parecería si tratasen de decir la verdad.

Y no es que la verdad pueda ser un argumento fácil, pero al menos permite dar una respuesta razonada a los negros y mujeres estadounidenses

actuales que quieren saber por qué tendrían que respetar a unos políticos de antaño que creían poder hablar en nombre «del Pueblo» sin siquiera hacer el esfuerzo de consultar a las personas como ellos. Al fin y al cabo, pueden votar por los políticos estándar de hoy. ¿Acaso estos políticos no son mejores portavoces de las personas como ellos que aquellos antiguos oligarcas que ni siquiera lo intentaron?

Mi respuesta: aquellos viejos políticos aportaron un lenguaje constitucional y unas instituciones mediante las cuales ulteriores generaciones de mujeres y negros han adquirido la plena ciudadanía. Al conseguir sus victorias durante el siglo XX, ni el movimiento feminista ni el movimiento en pro de los derechos civiles pretendieron repudiar el patrimonio de producción normativa de carácter superior del país. Lo que hicieron fue utilizar el potencial inclusivo de esta tradición en su beneficio, permitiendo finalmente que los estadounidenses, después de dos largos siglos, abrieran el camino a un régimen en el que todos los ciudadanos adultos tienen garantizada al menos una igualdad política formal.

Y no es que Nosotros, el Pueblo hayamos alcanzado una cierta altura democrática meramente porque ya no excluimos a los negros y a las mujeres de las votaciones. La cuestión, lamentablemente, no es si estamos viviendo en Utopía. La cuestión es si podemos profundizar nuestro compromiso con el gobierno del Pueblo consolidando, o derribando, la concepción dualista de la democracia laboriosamente construida durante los dos últimos siglos.

Parece extraño renunciar a la tradición de la producción normativa de carácter superior en el preciso momento en el que nos ha proporcionado los medios para afirmar la ciudadanía común de todos los estadounidenses. Teniendo en cuenta los recursos para la autocrítica disponibles en nuestra tradición constitucional, ¿serían aquellos que están más distanciados de la historia antigua por motivos de raza, sexo o clase social, los más beneficiados por el rechazo de la Fundación y la Reconstrucción? ¿No es más lógico utilizar este lenguaje para llamar a los estadounidenses a un nuevo comienzo mediante la reforma de los fundamentos de nuestra vida en común?

El legado de la injusticia

Sea cual sea su respuesta, no la confunda con la respuesta a una segunda pregunta, diferente de la primera aunque relacionada con ella. Esta no se centra en procesos políticos, sino en resultados sociales. Su queja no es que los negros, las mujeres y muchos otros hayan sido excluidos en el pasado del ejercicio de la política constitucional; es que *todavía están sufriendo* en la vida diaria por su impotencia de siglos. Desde este punto de vista, la insistencia del dualista en la prioridad del pasado puede parecer una maliciosa apología de la tolerancia de la injusticia social.

Téngase en cuenta que aunque los grupos sociales oprimidos podrían obtener una victoria política ordinaria en las urnas, el dualista todavía insiste en que tienen que hacer mucho trabajo político antes de poder inscribir su visión de la justicia social en nuestra norma superior. En vez de proceder inmediatamente a la reforma social, como en el sistema parlamentario, la coalición ascendente tendrá que afrontar la resistencia de los tribunales y de otras instituciones conservacionistas, si su programa cuestiona de algún modo valores constitucionales tradicionales. ¿Pero acaso el hecho de construir una sociedad más justa no es lo bastante difícil sin las engorrosas complejidades del proceso de producción normativa de carácter superior?

El poder de esta crítica dependerá mucho de la visión que se tenga de la justicia social. Algunas personas negarán la premisa: que Estados Unidos siga estando profundamente marcado por el racismo, el sexismo y la pobreza. Muchas más personas negarán que este legado de injusticia pueda ser efectivamente remediado con una mayor y mejor intervención del gobierno en la vida social. A su modo de ver, un gobierno intervencionista es más negativo que positivo, porque destruye muchas libertades individuales valiosas sin conseguir mejorar mucho las cosas en lo referente a la verdadera justicia social. Para quienes se sienten impresionados por estas réplicas, no se necesita decir mucho antes de rechazar esta crítica como desacertada.

Sin embargo, a mi modo de ver, esta crítica es bastante acertada. Hace diez años, mi libro *Social Justice in the Liberal State* explicaba las fuentes de mi oposición a la mala distribución de la riqueza que prevalece hoy en Estados Unidos[24]. Durante la última década, no me he sentido inclinado a cambiar de opinión por la moda neoconservadora que presenta al gobierno intervencionista como la fuente más potente de injusticia en la vida social contemporánea. No hay ninguna mano invisible ahí fuera que haga progresar a Estados Unidos. Si los estadounidenses quieren construir una vida más justa para ellos mismos no hay nada que pueda sustituir el compromiso político nacional y el gobierno intervencionista.

Mi problema con esta segunda crítica tiene menos que ver con sus premisas que con sus conclusiones institucionales. La idea de que la justicia social pueda llegar a Estados Unidos en una sola ronda de legislación posterior a una victoria electoral única al estilo de la democracia parlamentaria británica me parece muy simplista. Creo que el dualismo es mucho más sólido en sus instintos. El progreso *duradero* requerirá un periodo extenso de movilización ciudadana mediante el cual los reformadores confrontarán las dudas de sus compatriotas y obtendrán el consentimiento de muchos de ellos, o de todos ellos, respecto a la necesidad de efectuar un cambio fundamental en nombre de la justicia.

---

[24] B. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, cit.

No subestimo la magnitud de la tarea. En ningún momento desde la década de 1920, el movimiento por la justicia social en Estados Unidos ha estado tan fraccionado como lo está hoy. En vez de establecer vínculos entre sí, los movimientos obrero y pacifista, negro y étnico, feminista y ecologista, se miran unos a otros con inquietud y desconfianza. La idea misma de que puedan encontrar un terreno común (mucho menos común que el que comparten con el estadounidense medio) les parece a muchos una vana ilusión. Sin embargo, ¿acaso es una ilusión de la que podemos tomarnos el lujo de prescindir?

No existe una respuesta contundente para esta pregunta. Yo he tratado de reiterar la promesa revolucionaria de la tradición constitucional pero no puedo garantizar su actuación, que dependerá de muchas cosas que están fuera del alcance de nuestra capacidad de predicción o de control.

Sin embargo, también dependerá de nosotros. Podemos tendernos la mano unos a otros (más allá de las fronteras de clase, de casta o de raza) y trabajar juntos para construir unos cimientos más justos de nuestra vida en común; o podemos no hacerlo. Nuestra generación podrá tal vez contarse entre aquellas que encontraron un sentido en la labor de la ciudadanía privada; o puede que leguemos a nuestros hijos una historia en la que los logros constitucionales del pasado sean cada vez más lejanos, en la que las distracciones de la política ordinaria estén cada vez más presentes y en la que la llamada a un nuevo ejercicio de ciudadanía común sea cada vez más huera.

Lo único que sé es esto: en el pasado los estadounidenses respondieron a esta llamada y colaboraron con éxito en la tarea de construir una comunidad más inclusiva y más justa que la que habían heredado. No hay motivos para pensar que esta historia haya llegado a su final.

¿Más allá del dualismo?

Escribo en una época de política ordinaria, una época que es mejor utilizar para reflexionar sobre las necesidades del futuro y sobre la promesa del pasado.

Creo que necesitamos una nueva Carta de Derechos, que vaya más allá de las diez primeras enmiendas ratificadas después de la Fundación, que se base en los logros de la Reconstrucción, el *New Deal* y el movimiento en pro de los derechos civiles para dar nueva sustancia al derecho que tiene cada estadounidense a vivir en libertad y a perseguir la felicidad.

Sería una Carta que reconocería el impulso inclusivo de la historia estadounidense dando a cada ciudadano la garantía efectiva de la igualdad de oportunidades, en la escuela, en el trabajo, en los puestos públicos y en la

vida pública. Sería un Carta que comprometería al Pueblo a defender a cada ciudadano de las vicisitudes del desempleo, la discapacidad, la enfermedad y la vejez.

Sería una Carta que intensificaría la preocupación de que hicieron gala los Fundadores por la libertad individual, en una sociedad burocrática muy diferente de la del siglo XVIII. Hemos de afrontar el hecho de que la inmensa mayoría de estadounidense que van a la cárcel lo hacen en virtud de una «negociación» entre el fiscal y la defensa que permite a los abogados cortocircuitar los juicios con jurado, que los Fundadores consideraban un aspecto esencial de la Carta de Derechos. Hemos de proteger los derechos tradicionales de la libertad de expresión en un mundo de medios de comunicación de masas cada vez más concentrados y de una regulación estatal cada vez más omnipresente. Hemos de forjar nuevas esferas de privacidad y de autonomía para proteger a los individuos de la supervisión y el control tecnocráticos.

Este no es lugar para entrar en detalles. Lo esencial es instar a la diversidad de movimientos y causas progresistas que pululan hoy por la política ordinaria a buscar una plataforma común: una moderna Carta de Derechos capaz de unir a *todos* los estadounidenses en un sentido renovado de compromiso nacional por la libertad individual. Si hemos de llevar esto a buen fin, estoy seguro de que las disposiciones sustantivas particulares de la Carta que se derivarían del debate y de las decisiones de una generación serían muy diferentes de cualquier programa que usted o yo podríamos formular a priori[25].

En aras de mi objetivo actual, por consiguiente, abordaré aquí una sola cuestión que habla al proceso, no a la sustancia, para poner así a prueba el compromiso del lector con la idea misma de democracia dualista. La cuestión (reconozco que algo utópica en el momento de escribir estas líneas) puede plantearse mediante un contraste con la actual situación constitucional. Aunque el Primer Congreso Federalista se celebró de acuerdo con la demanda popular de una Carta de Derechos, no buscó blindarla frente a posteriores modificaciones mediante la política constitucional. Hoy en día sigue siendo posible enmendar la Primera Enmienda, como ilustra la reciente polémica sobre la propuesta de enmienda del presidente Bush relativa a la quema de la bandera. Supongamos, pues, que surge un movimiento a favor de una Carta de Derechos para el siglo XXI. En nuestro intento de ir más allá de la Carta de Derechos del siglo XVIII, ¿hemos de reconsiderar seriamente, Nosotros, el Pueblo, el fracaso de los Fundadores a la hora de blindar ciertos derechos fundamentales a la revisión constitucional?

Otras constituciones modernas han dado este paso. Después de la derrota de Hitler, el pueblo alemán declaró inconstitucional que ulteriores mayorías debilitasen su compromiso fundacional con una serie de libertades

[25] Para mi propio enfoque, *ibid.*, Tercera Parte y «Beyond Carolene Products», cit.

fundamentales. Las garantías contenidas en el texto de la Constitución sobre el respeto básico a la dignidad humana fueron declaradas como no susceptibles de reforma[26]. Ya que estamos (por hipótesis) yendo más allá de los Artífices en otros sentidos, ¿por qué no también en este? ¿Por qué no hacer que nuestra nueva Carta de Derechos no sea susceptible de reforma? ¿No podría aparecer un Hitler en Estados Unidos igual que lo hizo en Alemania?

Y no es que la decisión de blindar una moderna Carta de Derechos el año 2000 baste para garantizar el disfrute de esas libertades por los estadounidenses en el año 2050. La historia constitucional está llena de advertencias elocuentes contra el hecho de poner una fe excesiva en normas que limiten el poder de los futuros estadounidenses de redefinir la voluntad popular. De todos modos, blindar la Carta de Derechos haría más difícil el triunfo de un movimiento neonazi. Sería un recordatorio para todas las generaciones futuras de una época en la que los estadounidenses habrían comprometido de nuevo solemnemente a la nación en la protección *incondicional* de unos derechos fundamentales. Quizá este solemne acto de reorientación resonaría en la memoria colectiva durante muchas generaciones y si, pese a este ejercicio de memoria colectiva, surgiese un movimiento nazi, el carácter incondicional de la moderna Carta alentaría a los tribunales (¿y a todos nosotros?) a oponer una última resistencia frente a un movimiento hitleriano con mayor determinación, lo que daría más tiempo al Pueblo para reconsiderar su apoyo a tan horrible tiranía.

Naturalmente, la decisión de apoyar un blindaje al estilo alemán dependería de muchas cosas y la más importante de ellas sería la sustancia de la nueva Carta que obtuviese un apoyo popular profundo y decisivo. Que sepamos, un movimiento de masas en pro de una nueva Carta de Derechos podría converger en unas soluciones constitucionales peores, no mejores, que las contenidas en la Carta de Derechos tradicional. Aunque los estadounidenses de hoy pretendiesen progresar moralmente (hermosas palabras), las nuevas soluciones constitucionales podrían no parecer lo bastante incisivas como para garantizar un blindaje incondicional. De todos modos, el ejemplo alemán sugiere que el blindaje podría utilizarse con un propósito valioso. ¿Tienen los estadounidenses que verse forzados a soportar un Holocausto antes de imitar a los alemanes reconociendo solemnemente que hay ciertos derechos individuales que una mayoría de la ciudadanía, por movilizada y reflexiva que fuera, nunca podría legítimamente suprimir?

Yo mismo me sentiría orgulloso de ser miembro de una generación que asumiese esta carga, y cumpliera finalmente la promesa de la Declaración de Independencia y blindase unos derechos *inalienables* en

---

[26] Véase el cap. 1, pp. 34-35.

nuestra Constitución. Al mismo tiempo, este experimento mental pone de manifiesto lo lejos que nos encontramos de ese momento. Los partidarios de los derechos individuales y las libertades personales actuales no tienen la suficiente confianza en sí mismos para tender la mano a otros movimientos. Lo que sí están haciendo, en cualquier caso, es luchar por preservar lo que los estadounidenses han conseguido en el pasado, no para redefinir y profundizar el compromiso nacional con unos derechos inalienables. Se necesitará toda una generación de trabajo antes de que podamos disponer de una nueva solución constitucional del tipo de la que he imaginado, e incluso entonces, ¿quién sabe lo que decidirá el Pueblo estadounidense?

En cualquier caso, leer la bola de cristal no es mi especialidad y tampoco he tratado de imaginar qué aspecto tendría Utopía. Mi objetivo ha sido captar el espíritu de la empresa histórica existente para persuadir al lector de que este espíritu se aprehende mejor por el énfasis dualista en el gobierno del Pueblo que con ninguna otra teoría rival sobre el gobierno estadounidense.

Sean cuales sean las limitaciones últimas de esta empresa, el hecho es que tiene una gran fortaleza. Ofrece a los estadounidenses una solución característica a un problema muy real de autodefinición planteado por la lucha entre dos grandes tradiciones occidentales que se disputan la hegemonía sobre el espíritu moderno. La primera tradición, evocadora de la grandeza de la polis griega, insiste en que la implicación en la vida política es uno de los ideales más nobles de la humanidad. La segunda, que recuerda la sospecha cristiana de la reivindicación de una comunidad secular, insiste en que la salvación de las almas es un asunto privado y que la autoridad coercitiva del Estado secular representa la mayor amenaza a los más elevados valores humanos. Frente a esta lucha por la ascendencia en el pensamiento y en la práctica de Occidente, la Constitución estadounidense no busca una fácil victoria de una parte de nosotros mismos a expensas de la otra. Propone utilizar el conflicto como una forma de encontrar la energía para llevar a cabo una síntesis creativa.

Como estadounidenses, no somos ni ciudadanos perfectamente públicos ni personas perfectamente privadas. La Constitución de Estados Unidos nos constituye como ciudadanos privados equipados con un lenguaje y un proceso que nos permite, si sabemos usarlo atinadamente, regirnos por una forma de gobierno democrático de un tipo notablemente autoconsciente. Como todos los lenguajes, este puede emplearse para bien o para mal.

La elección, queridos lectores, es suya.



